

ESTUDIOS	El convenio arbitral: statu quo <i>The arbitration agreement: statu quo</i> MIGUEL GÓMEZ JENE	7
	Problemas de Derecho Internacional Privado en la contratación de seguros: especial referencia a la reciente directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros <i>Private International Law problems of the international insurance contracts: the new directive (UE) 2016/1997 about distribution of insurance</i> HILDA AGUILAR GRIEDER	39
	La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en Derecho Internacional Privado <i>The opposition of the matrimonial property regime and the protection of the third party in Private International Law</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	59
	L'addebito della separazione nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea <i>Judicial decisions as to the causes of separation under EU private international law</i> ILARIA AQUIRONI	76
	La Unión Europea y la Organización Mundial del Comercio: comenzando un diálogo proto-constitucional <i>The European Union and the World Trade Organization: a budding proto-constitutional dialogue</i> NAIARA ARRIOLA ECHANIZ	89
	Libre circulación de personas y Derecho Internacional Privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <i>Free movement of persons and International Private Law: an analysis in the light of the case law of the European Court of Justice</i> IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ	106
	La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España <i>The Spanish rules of residual jurisdiction in matters related to contract</i> MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT	127
	Algunas consideraciones sobre el régimen de la responsabilidad civil del porteador en la legislación marítima de Emiratos Árabes Unidos <i>Some considerations regarding the maritime carrier liability under the United Arab Emirates maritime law</i> SILVIA PILAR BADIOLA COCA	151
	Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros estados desde una aproximación europea <i>Overriding mandatory provisions in international contracts: a special reference to foreign overriding mandatory provisions from a european approach</i> CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ	174

Recognition of same-sex marriages, overcoming gender barriers in Italy and the Italian law no. 76/2016 on civil unions. First remarks <i>Riconoscimento dei matrimoni omosessuali, superamento delle barriere di genere in Italia e legge n. 76/2016 sulle unioni civili. Prime riflessioni</i> EVA DE GÖTZEN	194
Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (<i>droit de suite</i>) <i>Some questions concerning the artist's resale right (droit de suite)</i> CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO	209
Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos <i>Protection of undocumented migrant persons in Spain under international and European human rights law</i> DOROTHY ESTRADA TANCK	255
Hungarian law and practice of civil partnerships with special regard to same-sex couples <i>Das Ungarische Recht und praxis von lebenspartnerschaften mit besonderer rücksicht auf gleichgeschlechtliche paare</i> ÁDÁM FUGLINSZKY	278
El sometimiento de las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control a las normas sobre el control de las concentraciones <i>The control under merger rules of acquisitions of non-controlling minority shareholdings</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	314
El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico <i>The CJEU and International Law: the defence of its own autonomy as a basic constitutional principle</i> LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ	330
Sobre los funcionarios de la Unión Europea y su régimen de seguridad social: los tributos como cotizaciones sociales a efectos del TJUE <i>Issues about officials of the European Union and its social security regime: taxes as social contributions to the effects of the CJEU</i> THAIS GUERRERO PADRÓN	355
Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea <i>Gaps in the tax law of the European Union</i> CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR	375
Brexit y cláusulas de sumisión en los contratos internacionales <i>Brexit and prorogation clauses in international contracts</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	408
Las uniones registradas en España como beneficiarias del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/ce y del Reglamento (UE) 2016/1104 <i>Spanish "registered partnerships" as beneficiaries of EU law according to the Directive 2004/38 (ec) and the Regulation (EU) 2016/1104</i> DIANA MARÍN CONSARNAU	419
La disciplina della giurisdizione nel Regolamento (UE) n. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel regolamento "Bruxelles i-bis" <i>Jurisdiction under Regulation (EU) no. 2016/679 concerning the processing of personal data and its coordination with the "Brussels i-bis" regulation</i> FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI	448
El fenómeno de la inmigración y el problema de los denominados "matrimonios de conveniencia" en España <i>The phenomenon of immigration and the problem of the denominated "convenience marriages" in Spain</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	465

	La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre estado competente y estado responsable <i>The protection of unaccompanied minors asylum-seekers: between competent state and responsible state</i> MARTA REQUEJO ISIDRO	482
	La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la directiva de servicios de comunicación audiovisual <i>The current European rules governing product placement and the new legislative proposal amending the audiovisual media services directive</i> MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ	506
	Los límites a la autonomía privada en el marco del contrato de transporte de mercancías por carretera <i>Limits on private autonomy in the framework of the contract for carriage of goods by road</i> STELLA SOLERNOU SANZ	530
	The interplay between jurisdictional rules established in the EU legal instruments in the field of family law: testing functionality through simultaneous application with domestic law <i>L'interazione tra le regole di giurisdizione all'interno degli strumenti giuridici dell'UE nell'ambito del diritto di famiglia: la prova del funzionamento attraverso l'applicazione simultanea del diritto nazionale</i> LENKA VÁLKOVÁ	551
<hr/>		
VARIA	Fusiones internacionales, libertad de establecimiento y derechos de los acreedores. Cuestiones abiertas por la STJ (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016 (as. C-483/14, <i>KA finanz AG y Sparkassen Versicherung Ag Vienna Insurance Group</i>) <i>International mergers, freedom of establishment and creditor's rights. Open questions in the judgment of the court of justice (third chamber) of 7th april 2016 (as. C-483/14, Ka Finanz AG y Sparkassen Versicherung Ag Vienna Insurance Group)</i> RAFAEL ARENAS GARCÍA	570
	Crónica de jurisprudencia laboral internacional. Julio / diciembre 2016 <i>Chronicle of international labor jurisprudence. July / december 2016</i> ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ	593
	Las dificultades prácticas de la determinación del tribunal competente en el proceso monitorio europeo <i>Practical difficulties in determining the competent court of the European order for payment procedure</i> ANA ISABEL BLANCO GARCÍA	615
	El foro especial en materia delictual o cuasidelictual y la compensación por copia privada: Asunto c-572/14, <i>Austro-Mechana</i> <i>Jurisdiction in matters relating to tort, delict or quasi-delict and private copying levy Case c-572/14, Austro-Mechana</i> CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	623
	Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer estado: Asunto c-281/15 <i>Soha Sahyouni y Raja Mamisch</i> <i>Private divorce pronounced by a religious court in a third country: Case c-281/15, Soha Sahyouni and Raja Mamisch</i> CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	629
	Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: Asunto c-455/15 PPU, <i>P y Q</i> . <i>Public policy rule and prohibition of review of jurisdiction of the court of origin: Case c 455/15 PPU, P and Q</i> CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	635
	El foro de consumidores: comentarios a la sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015, <i>Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros, c-297/14</i> <i>Jurisdiction in respect of consumer contracts: comments to the CJEU judgement of 23rd december 2015, Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG and others, c-297/14</i> M ^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	641

Comentarios a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2016, sobre la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de Madrid de varios contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves <i>Comments to the "resoluciones" of the Dirección General de los Registros y del Notariado of december 20, 2016 on the access to the Chattels Registry in Madrid of several leasing contracts for aircrafts</i>	650
M ^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	
España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora <i>Spain before the international arbitration for the cut to renewable energies: a representation in three acts, for now</i>	666
ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA	
Los documentos privados y el Reglamento 1393/2007 de notificaciones y traslado <i>Private documents and Regulation n° 1393/2007 on the service of judicial and extrajudicial documents</i>	677
ISABEL REIG FABADO	
Procedimiento contradictorio en el marco de documentos públicos que reconocen créditos no impugnados. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de marzo de 2017, <i>Ibrica Zulfikarpasic</i> , c-484/15 <i>Inter partes nature of the proceedings in the framework of the authentic instruments on uncontested claims. Judgment of the Court (second chamber) of 9 march 2017, Ibrica Zulfikarpasic, case c-484/15</i>	685
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	
Bienes sujetos a un procedimiento secundario de insolvencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 junio 2015, <i>Nortel</i> , c-649/13 <i>Debtor's assets falling within the scope of the effects of the secondary proceedings. Judgment of the Court (first chamber) of 11 june 2015, Nortel, case c-649/13</i>	692
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	
Recurso extraordinario en el estado de origen. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 diciembre 2015, <i>Imtech Marine</i> , c-300/14 <i>Review in exceptional cases in the member state of origin. Judgment of the Court (fourth chamber) of 17 december 2015, Imtech Marine, case c-300/14</i>	702
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	
Carga de la prueba y estándar mínimo de la prueba por indicios en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por un producto farmacéutico defectuoso (a propósito de la STJUE de 21 de junio de 2017) <i>Burden of proof and circumstantial evidence standard for pharmaceutical product liability: commentary to ECJ judgment of 21 june 2017</i>	709
BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ	
Proceso monitorio europeo: la revisión de un requerimiento de pago ejecutivo no procede cuando se basa en circunstancias que el demandado pudo haber tenido en cuenta para presentar un escrito de oposición <i>European order for payment procedure: review of an enforceable order for payment is not admissible when based on grounds that the defendant might have taken into account in order to lodge a statement of opposition</i>	725
ENRIQUE VALLINES GARCÍA	

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

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

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO
(Univ. Islas Baleares)

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO
(Univ. Nacional de Educación a Distancia)

ILARIA PRETELLI
Institut Suisse de Droit Comparé

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

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

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

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

ANGELO DAVÌ
Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)

HELÈNE GAUDEMET-TALLON
(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLÉ
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSSEL
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY

(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

JESÚS R. MERCADER UGUINA
(Univ. Carlos III de Madrid)

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

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

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

GIAN PAOLO ROMANO
(Univ. de Genève)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

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

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

ALESSANDRA ZANOBBETTI
(Univ. Bologna)

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
(Univ. de La Rioja)

ÁNGEL GARCÍA VIDAL
(Univ. de Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU

(Univ. degli studi di Cagliari)

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA
(Univ. de Navarra)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.11

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 95 13

Correo electrónico: isabel.anton@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

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

ESTUDIOS

EL CONVENIO ARBITRAL: STATU QUO

THE ARBITRATION AGREEMENT: STATU QUO

MIGUEL GÓMEZ JENE

Catedrático de Derecho Internacional Privado

UNED

orcid ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 31.08.2017 / Aceptado: 11.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3862>

Resumen: Este estudio analiza la jurisprudencia actual (internacional, comparada y española) en interpretación de las normas internacionales y de fuente interna que regulan la eficacia del convenio arbitral. La irrupción en el tráfico de nuevos tipos de convenios arbitrales (cláusulas híbridas y cláusulas escalación), así como la falta de una regulación *ad hoc* para determinados supuestos (extensión de los efectos del convenio a terceros no firmantes) exigen un estudio comparado de las soluciones dadas a estas cuestiones en las jurisdicciones con mayor tradición arbitral. Por último, se analizan las posibles consecuencias que la reciente jurisprudencia del TS sobre el principio *Kompetenz-kompetenz* (“tesis débil”) puede tener sobre el efecto positivo del convenio arbitral; así como la posible extensión al ámbito del convenio arbitral de la jurisprudencia del TS sobre responsabilidad por incumplimiento de una cláusula de sumisión a tribunales españoles.

Palabras clave: convenio arbitral, voluntad inequívoca, Ley aplicable al convenio arbitral, extensión de los efectos del convenio arbitral, cláusulas híbridas, cláusulas escalación, efectos positivo y negativo del convenio arbitral, *tesis débil de la Kompetenz-kompetenz*, responsabilidad.

Abstract: This paper analyzes the current case law (international, comparative and Spanish) in interpretation of international and internal norms that regulate the effectiveness of the arbitration agreement. The emergence of new types of arbitration agreements (hybrid clause and escalation clause), as well as the lack of an *ad hoc* regulation for certain assumptions (extension of the effects of the agreement to non-signatory third parties) require a comparative study of the Solutions given to these issues in jurisdictions with a greater tradition of arbitration. Finally, the possible consequences that the recent *Supreme Court* case law on the *Kompetenz-kompetenz* principle (“soft Thesis”) can have on the positive effect of the arbitration agreement are analyzed, as well as the possible extension to the scope of the arbitration agreement of the *Supreme Court* case law on liability for breach of a clause of submission to Spanish courts.

Keywords: arbitration agreement, unequivocal will, applicable law to the arbitration agreement, extension of effects of the arbitration agreement, hybrid clause, escalation clause, positive and negative effects of the arbitration agreement, soft thesis of *Kompetenz-kompetenz* Liability.

Sumario: I. De la norma convencional a la norma interna. II. Consentimiento como condición de eficacia del convenio arbitral. 1. Principios de interpretación del consentimiento. 2. Consentimiento: voluntad inequívoca. III. Contenido y requisitos formales del convenio arbitral IV. Convenio arbitral inserto en las CGC. V. El convenio arbitral internacional: ley aplicable. 1. En general. 2. En especial: el artículo 9.6 LA. VI. Extensión del convenio arbitral a terceros. 1. Con carácter general: extensión a terceros. 2. Con carácter particular: los grupos de empresa (*Doctrine of Group of Companies*). 3. Con carácter especial: el artículo 251 LNM. VII. Cláusulas híbridas: el convenio arbitral op-

cional o unilateral. VIII. Convenio arbitral y mediación: cláusulas *escalación*. 1. Cláusula *escalación* facultativa. 2. Cláusula *escalación* obligatoria. IX. Un supuesto especial: la regulación del convenio arbitral en la Ley de Navegación Marítima (art. 468 LNM). X. Convenio arbitral e insolvencia de una parte (*impecuniosity*). XI. Convenio arbitral y renuncia tácita a las facultades de impugnación. XII. Convenio arbitral y demanda sobre el fondo ante un tribunal judicial. 1. Efecto positivo y negativo del convenio arbitral. 2. Incumplimiento del convenio arbitral: responsabilidad.

I. De la norma convencional a la norma interna

1. La forma y el contenido del convenio arbitral está regulado en tres normas: en el artículo II.2 CNY; el artículo I.2 a) CG y el artículo 9 LA.

Artículo II.2 CNY: *La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*

Artículo I.2.a) CG: *A los fines de la aplicación del presente Convenio, se entenderá por: a) 'acuerdo o compromiso arbitral', bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teletipógrafo y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.*

Artículo 9 LA: *1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de una cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

2. La primera dificultad que este marco regulatorio plantea es la relativa a la determinación de cuál de las tres normas es de aplicación en un supuesto *internacional* (si se trata de un supuesto estrictamente *interno* es siempre de aplicación el artículo 9 LA). A este respecto, cabe apuntar lo siguiente: en principio, son de aplicación prioritaria las normas convencionales (así lo recuerda el art. 1.1. LA). Y ello, pese a que el artículo 9 LA sea de aplicación *aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España* (art. 1.2. LA). Sin embargo, en el particular contexto de la eficacia del convenio arbitral, el artículo II.2 CNY cede ante el artículo 9 LA. Ello es así porque el artículo VII CNY (*cláusula de mayor favorabilidad*) permite expresamente la aplicación de normas más favorables a las previstas en el CNY tanto para el reconocimiento del convenio como del laudo arbitral, y, en este sentido, es claro que el artículo 9 LA es una norma más favorable a la validez *formal* del convenio arbitral que el artículo II.2 CNY. De tal forma que, planteada una declinatoria ante los tribunales españoles, la determinación de la validez *formal* del convenio arbitral deberá hacerse a partir de los criterios recogidos en el artículo 9 LA.

3. Respecto del artículo I.2 a) CG, debe tenerse en cuenta, sobre todo, lo restringido de su aplicación (ambas partes deben tener su domicilio o sede en un Estado parte). Prevalece, cuando sea aplicable, sobre el artículo II.2 CNY, por cuanto el CG es un texto que complementa al CNY. Se trata de una norma particularmente favorable a la validez del convenio arbitral, pues acepta expresamente la validez del

mismo incluso cuando haya sido concluido de forma *oral*. Repárese, no obstante, que la *oralidad* como forma de concluir un convenio arbitral ha sido aceptada por la jurisprudencia del TS siempre y cuando se den en el supuesto una serie de circunstancias a partir de las cuales se infiera que hubo una *voluntad inequívoca* de las partes de someterse al juicio de árbitros (*infra* II).

4. Constatada por tanto la aplicación preferente del artículo 9 LA, en adelante me referiré exclusivamente a este precepto. En este sentido, la definición de lo que debe entenderse por *convenio arbitral* se encuentra aparentemente escondida en su primer párrafo: un *contrato procesal*¹ en virtud del cual las partes que lo suscriben –personas físicas o jurídicas– acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Se entiende por *contrato procesal* aquel que tiene su base en la autonomía de la voluntad, produce efectos procesales y sus requisitos de constitución, eficacia y nulidad se rigen por normas procesales (LA), antes que por normas de derecho material (Código civil)². Tal calificación, común en la jurisprudencia y doctrina alemanas, no ha sido recogida por nuestra jurisprudencia. De hecho, el TS ha señalado que: “Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Cc que se refieren a los contratos (STS 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000)”³. Con todo, en sentencia posterior y en un supuesto relativo a la calificación de una cláusula de sumisión a tribunales, el TS ha matizado que, “si admitiéramos que en principio la distinción pudiera ser aceptable [cláusulas de sumisión como cláusulas ‘preprocesales’]; sin embargo no se puede llevar a los extremos a los que llega la sentencia impugnada [su incumplimiento no deriva en daños y perjuicios], ya que, en ocasiones... a través de un pacto de sumisión a la jurisdicción... se establece también el alcance de determinados derechos económicos”⁴. Este dato es relevante, pues si se extrapola dicho razonamiento al convenio arbitral, de su incumplimiento (*ad ex.* demandar ante la jurisdicción) podría, según las circunstancias, derivarse responsabilidad (*infra* XII).

5. La expresión *convenio arbitral* engloba tanto a la *cláusula arbitral* –convenio arbitral inserto en un contrato principal– como al *acuerdo arbitral* –convenio arbitral adoptado al margen del citado contrato principal–. Acuerdo, éste último, que podrá adoptarse incluso cuando ya haya sido iniciada la vía judicial.

II. Consentimiento como condición de eficacia del convenio arbitral

6. El *consentimiento* de ambas partes constituye el requisito o condición de eficacia del convenio arbitral. Sin consentimiento –de ambas partes– no hay convenio. En consecuencia, la cuestión pasa por determinar cuándo puede interpretarse que, efectivamente, la voluntad expresada de las partes puede entenderse como voluntad de someterse al convenio arbitral. En la medida en que la prueba de dicho consentimiento no es siempre sencilla, la doctrina ha identificado, por un lado, una serie de principios a cuya luz puede interpretarse si en el supuesto controvertido hubo o no consentimiento. Por otro, la jurisprudencia internacional, comparada y española sobre este particular, aún sin ser totalmente homogénea, ha identificado una premisa fundamental de validez del convenio: la *voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje.

¹ En este sentido, *vid.* G. WAGNER, *Prozeßverträge*, Mohr Siebeck, Tübingia, 1998, pp. 324-331 y pp. 578-598. *Vid.* también, R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7ª Ed., Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2015, p. 1433.

² Sobre esta denominación, así como un análisis detallado de las consecuencias que estos contratos producen, *vid.* M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS / J. M. RIFÁ SOLER / J. F. VALLS GOMBAU, *Derecho procesal práctico*, Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 762. *Vid.* también los inconvenientes que tal denominación plantea en, M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 71-78.

³ STS de 20 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6660.

⁴ STS de 12 de enero de 2009, ECLI:ES:TS:2009:263. Al respecto, *vid. infra* 12.2.

1. Principios de interpretación del consentimiento

7. Para interpretar si realmente hubo o no consentimiento de las partes en someterse a arbitraje, un sector doctrinal ha identificado tres principios que deben servir de guía en este ámbito: el principio de la *buena fe*; el principio de *interpretación efectiva*; y, el principio de interpretación *contra proferentem*⁵.

8. El principio de *buena fe* implica que la auténtica y verdadera intención de las partes debe prevalecer siempre sobre la intención declarada. Este principio encuentra aplicación cuando ambas intenciones sean distintas. En su virtud, la intención de las partes debe examinarse en su contexto; desde el momento de la firma del contrato hasta el surgimiento de la disputa. El principio de *interpretación efectiva* –asumido por la jurisprudencia inglesa más reciente en la interpretación de las cláusulas híbridas (*infra* VII)– supone que, ante dos interpretaciones posibles, debe prevalecer aquella a cuya luz prevalezca la validez del convenio arbitral. Por fin, el principio *contra proferentem* supone que cuando deban interpretarse cláusulas oscuras, tal interpretación no debe beneficiar a la parte que las redactó⁶.

9. Por redundantes o superficiales que estos principios puedan parecer, es lo cierto que su consideración por los tribunales españoles bien hubiera podido llevar a interpretaciones distintas de las que finalmente han sido asumidas; por ejemplo, en el contexto de la interpretación de las cláusulas híbridas. Especialmente importante en este contexto es el *principio de interpretación efectiva* (*infra* VII y X). Se trata, en definitiva, de que los mismos aporten cierta luz cuando de la norma aplicable al supuesto no pueda extraerse una conclusión definitiva.

2. Consentimiento: *voluntad inequívoca*

10. Pese a que la *voluntad* de las partes como condición de validez del convenio ha sido objeto de una interpretación dispar –de hecho, los tribunales han llegado a identificar distintos grados de voluntad (*patente v. inequívoca*)–, hoy es indubitado que aquella debe ser *inequívoca*. Referencia necesaria en este contexto es la sentencia del TEDH en el asunto *Suda c. République Tchèque*⁷, pues en ella se interpreta la eficacia de la sumisión a arbitraje desde la perspectiva del artículo 6 CEDH⁸. En su virtud:

48. *El Tribunal recuerda que el derecho al acceso a un tribunal –garantía que deriva del artículo 6 § 1 de la Convención– no implica, en materia civil, la obligación de someterse a una jurisdicción de tipo clásico, integrada en las estructuras judiciales ordinarias de un país... El artículo 6 no se opone a la creación de tribunales arbitrales con el fin de juzgar ciertas diferencias de naturaleza patrimonial que enfrente a particulares. Nada impide a los justiciables renunciar a su derecho a un tribunal en favor de un arbitraje, a condición de que esa renuncia sea libre, lícita e inequívoca... El derecho a un tribunal reviste en efecto una máxima importancia en las sociedades democráticas como para que una persona pierda tal beneficio por el sólo hecho de suscribir un acuerdo parajudicial. En un ámbito que se revela de orden público para los Estados miembros, una medida o solución denunciada como contraria al artículo 6 requiere un control particularmente intenso.*

11. La jurisprudencia del TC, del TS y de los TSJ es coherente con la jurisprudencia del TEDH, pues también exige la constatación de una *voluntad inequívoca* para apreciar el consentimiento de las partes someterse a arbitraje.

⁵ E. GAILLARD / J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 257-262.

⁶ Con más detenimiento, E. GAILLARD / J. SAVAGE, *cit.*, pp. 257-261.

⁷ STEDH de 28 de octubre de 2010, núm. 1643/06.

⁸ En el supuesto concreto se trataba de estudiar la extensión de los efectos de un convenio arbitral a un accionista minoritario en el marco de un arbitraje societario a la luz del artículo 6 CEDH.

STC de 2.12.2010: La renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser “*explícita, clara, terminante e inequívoca, y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta lo suficientemente expresiva del ánimo de renunciar*”⁹.

STS de 6.2.2003: “*lo decisivo para la validez convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje*”¹⁰.

STS de 27.6.2017: “*la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros*”¹¹.

12. De lo hasta aquí dicho puede concluirse que lo decisivo para apreciar el *consentimiento* de las partes de someterse a arbitraje es la efectiva constatación de *una voluntad inequívoca* al respecto. Voluntad que, en principio, no puede ampliarse o extenderse a terceros (*infra* VI). Además, como también puede deducirse de la jurisprudencia del TEDH: (i) el consentimiento de someterse a arbitraje es de interpretación particularmente *estricta, restrictiva y rigurosa*; (ii) la valoración de la voluntad inequívoca como prueba del consentimiento es una cuestión de orden público; y, (iii) la valoración de la voluntad inequívoca como prueba del consentimiento exige un control judicial particularmente intenso.

13. Lo anterior debe tenerse obligatoriamente en cuenta a la hora de interpretar la validez del convenio arbitral a la luz del artículo 9 LA. En efecto, por más que la LA se haya esforzado en rebajar los requisitos formales del convenio arbitral para considerarlo formalmente válido, la *voluntad inequívoca* de sometimiento a arbitraje debe, siempre y en todo caso, constatarse. La interpretación del artículo 9 LA a la luz del artículo 6 CEDH así lo exige.

14. El reverso de la voluntad inequívoca es la *renuncia* –también inequívoca– a la jurisdicción ordinaria que “*ha de ser clara, terminante, incondicional e inequívoca, aunque no resulta imprescindible que sea expresa, ya que puede deducirse de actos inequívocos y concluyentes*”¹².

III. Contenido y requisitos formales del convenio arbitral

15. La *voluntad* puede deducirse tanto de las circunstancias como de los actos o actuaciones de las partes. Por ello, pocas son las exigencias *formales* que impone la LA al contenido del convenio arbitral. De hecho, bien mirado, el único requisito que exige el párrafo primero del artículo 9 LA es que del tenor del mismo se *deduzca* o *aprecie* la *voluntad* de las partes de someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. No es necesario que la cláusula del contrato en cuestión utilice la expresión “convenio arbitral”. Tampoco es necesario que el convenio incluya disposiciones sobre el número de árbitros, lugar o idioma del arbitraje. De hecho, cualquier especificación respecto de la formación, especialidad y experiencia de los árbitros que las partes decidan incluir en el convenio arbitral es compatible con el alcance de la autonomía de la voluntad. De tal modo, que incluso puede preverse un convenio arbitral que solo designe árbitros de una determinada comunidad religiosa.

La sentencia *Jivraj* de la *High Court of Justice*¹³ estimó que un convenio arbitral que designaba como árbitros tres miembros de una determinada comunidad religiosa era nulo, en la medida en que incurría en una discriminación (religiosa) a la luz de lo previsto en la *Directiva 2000/78/CE del Consejo de*

⁹ STC 136/2010, de 2 de diciembre.

¹⁰ RJ 850\2003. *Vid.* también, STS de 11 de febrero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1669. En sentido similar, entre otros, Auto TSJ País Vasco de 23 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TSJPV:2015:3148.

¹¹ ECLI:ES:TS:2017:2500 (con cita de otras sentencias anteriores del mismo TS).

¹² Citando sentencias del TS: STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13260.

¹³ *High Court of Justice* (QB) de 26 de junio de 2009, [2009] EWHC 1364 (QB). www.bailii.org.

27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Recurrida la sentencia, la *Court of Appeal* estimó que nada había de discriminatorio en un convenio arbitral firmado voluntariamente entre operadores jurídicos que libremente acordaban someter sus disputas a arbitraje¹⁴. Y, en efecto, no hay nada en la jurisprudencia del TJUE en materia de discriminación¹⁵ que impida a las partes que deciden solventar sus diferencias de una forma *privada*, designar un colegio arbitral con las características que estimen apropiadas. Aceptar otra interpretación iría contra la misma esencia del arbitraje (autonomía de la voluntad).

16. Sin embargo, no debe olvidarse que el párrafo citado parte de la base de que el convenio arbitral debe referirse a una relación jurídica determinada (requisito de *fondo*). La determinabilidad de dicha relación es, pues, exigible¹⁶; lo cual no implica que el tenor literal del convenio deba hacer referencia expresa a la *controversia* concreta que pueda surgir en el cumplimiento del contrato en el que se inserta. De hecho, son comúnmente aceptados en la jurisprudencia comparada convenios arbitrales de tenores tan escuetos como: “*Arbitration*”. Sin más referencias.

La jurisprudencia española más reciente se ha hecho eco de esta corriente jurisprudencial, considerando válido un convenio arbitral inserto en un correo electrónico del siguiente tenor: “*ag/arb Londres. Siendo de aplicación la ley inglesa*”. Este tenor, puesto en relación con el formulario de fletamento correspondiente (al que se remitía el correo electrónico y que preveía un convenio arbitral), hace prueba del consentimiento de someterse a arbitraje. Máxime cuando esa forma de contratación es la habitual en el sector profesional controvertido (marítimo)¹⁷.

Del mismo modo, puede constatarse también la voluntad de las partes de someterse a arbitraje en supuestos en los que el contenido del convenio arbitral sea –sólo aparentemente– contradictorio:

“*Para cuantas cuestiones puedan suscitarse en relación con el presente contrato, ambas partes se someten al arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, según la Ley 36/88, de 5 de diciembre, asumiendo ambas partes la obligación de cumplir decisión contenida en el laudo arbitral que se dicte, sin perjuicio de lo cual y a los solos efectos de determinar la jurisdicción competente, con renuncia al propio fuero que pudiere corresponderles, formulan ambas partes expreso sometimiento a los juzgados y tribunales de Madrid Capital*”¹⁸.

También es deducible la voluntad de las partes de someterse a arbitraje de los siguientes convenios arbitrales:

(i). «*Tous différends découlant de la présente convention seront tranchés définitivement à Paris, suivant le règlement de conciliation et d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ou tribunal de commerce), par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement et avec application du droit français*»¹⁹.

(ii). «*ARBITRATION.- Any disputes and disagreements that may arise out of or in connection with this Contract have to be settled between the Parties by negotiations. If no consent can be reached, the Parties shall submit their dispute to the empowered jurisdiction of Geneva, Switzerland*»²⁰.

En igual sentido, debe considerarse válido el convenio arbitral que hace referencia a una institución arbitral que ha dejado de existir con la denominación incluida en la letra del convenio por haberse fusionado con otra institución arbitral bajo una –nueva y distinta– denominación²¹.

Sin embargo, existen también en la jurisprudencia sentencias erróneas que declaran nulos convenios arbitrales de cuyo tenor se infiere sin el menor atisbo de duda la voluntad de las partes de someterse a ar-

¹⁴ *Court of Appeal (Civil Division)*, 22 de junio de 2010, [2010] EWCA Civ 712. www.bailii.org. Sobre esta sentencia, I. YANG, “*Nurdin Jivraj v. Sadruddin Hashwani: The English Court of Appeal Erects a Regulatory Barrier to Appointment of Arbitrators in the Name of Anti-Discrimination*”, *J. Int. Arb.*, 2011, pp. 243-254. En perspectiva general, T. PFEIFFER, “*Pflicht zur diskriminierungsfreien Schiedsrichterwahl? - Ein Skizze*”, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 2011, pp. 1042-1050.

¹⁵ Básicamente, la relativa al *principio de igualdad de trato*.

¹⁶ El mismo criterio es exigible en el ámbito de las *cláusulas de jurisdicción* reguladas en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*: STJUE de 20 de abril de 2016, C-366/13, *Profit*.

¹⁷ Auto TSJ de Andalucía de 28 de octubre de 2014, ECLI:ES:TSJAND:2014:161A. En sentido similar, Auto TSJ Cataluña de 6 de mayo de 2016, ECLI:TSJCAT:2016:208A.

¹⁸ Auto AP de Asturias de 2 de febrero de 2006, AC 2006\15, *RCEA*, 2007, pp. 93-95.

¹⁹ *Vid. Cour de cassation* de 28 de enero de 2003, *Rev. crit. DIP*, 2003, pp. 641-642.

²⁰ TF, 15.9.2015, 4A_136/2015.

²¹ *Cour d’Appel* de París de 20 de marzo de 2012, *SchiedsVZ*, 2013, pp. 238-239.

bitraje. Así, la SAP de Madrid de 13.7.2009²² declaró inválido el siguiente convenio arbitral: “*En caso de controversia, diferencia respecto de la interpretación de cualquiera de los artículos de este CONTRATO, las PARTES procurarán resolverlo inmediatamente, tratando de llegar a una solución amistosa, en el plazo de 15 días, transcurridos los cuales someterán la cuestión a un arbitraje de equidad*”. El particular juicio que sobre el alcance del término *controversia* hace la sentencia –que entiende referido únicamente a la interpretación del contrato– no es aceptable. El consentimiento de someterse a arbitraje queda fuera de toda duda: se trataba, además, de una cláusula inserta en un contrato firmado por ambas partes.

Por otro lado, la jurisprudencia demuestra también que las partes firman cláusulas de cuyo tenor no puede deducirse la *voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje y, en consecuencia, se declaran nulos:

“*Las divergencias que se produzcan en la ejecución de la obra, se dirimirán en primer lugar, por la Dirección de Obra. En segundo término, por el Arquitecto autor del proyecto, si no coincidiera con la Dirección de Obra. En su defecto, se acudirá a un arbitraje de equidad de la Corte de Arbitraje de Madrid. En caso de no producirse acuerdo, las partes renuncian al fuero legal que pudiera asistirles, sometiéndose expresamente a los Tribunales de la ciudad de Madrid*”²³.

Otra cláusula igualmente nula²⁴ –tanto por no demostrar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, como por romper con los más elementales principios de imparcialidad, como por introducir una segunda instancia judicial– sería la siguiente: “*Para la resolución de cuantas cuestiones o diferencias se susciten en la aplicación o interpretación de este contrato, las partes se someten en primera instancia obligatoria al Arbitraje de Equidad realizada por el Órgano de Arbitraje designado por la Junta General de Accionistas de [nombre de la sociedad] y en segunda instancia, a la Jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid capital, con renuncia a cualquier otro Fuero que pudiera corresponderles*”²⁵.

Por fin, resulta contradictorio y, por tanto nulo, un convenio del siguiente tenor: “*En el caso de que cualquiera de las previsiones contenidas en este acuerdo se convierta en razón de litigio para cualquiera de las partes o si la terminación del acuerdo o la procedencia o montante de las compensaciones fijadas por el franquiciador no logran aquiescencia del franquiciador, la cuestión se determinara por arbitraje de derecho ante la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Murcia*”²⁶.

17. La regulación de los requisitos formales que debe reunir el convenio arbitral para ser válido es, seguramente, lo más relevante del artículo 9 LA. Así, un primer acercamiento al tenor de la norma revela ya que el legislador ha acometido la regulación de esta cuestión partiendo del principio *favor negotii*, renunciando al principio de seguridad jurídica que en su momento informó la concepción del artículo II CNY²⁷. Pero aún más, pues, de un análisis comparado con la norma que lo inspira (art. 7 LM), se constata que el actual artículo 9 se ha desprendido de ciertos rigores formalistas que aquella sí prevé. Puede afirmarse, de hecho, que el precepto en cuestión únicamente condiciona la validez formal del convenio arbitral a la mera constatación de la voluntad de las partes. En palabras del legislador: “*La voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma*”. Y el primer paso para constatar dicha voluntad, pasa, en principio, porque el convenio arbitral conste por *escrito*.

Retomando la sentencia del TS de 6.2.2003: “*lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en*

²² SAP Madrid de 13 de junio de 2009, *Arbitraje*, 2010 (1), pp. 273-276 (con nota de M. GÓMEZ JENE y nota de G. STAMPA CASAS).

²³ Auto de la AP de Madrid de 6 de junio de 2001, *RCEA*, 2002, pp. 187-191.

²⁴ SAP de Madrid de 2 de abril de 2004, *JUR* 2004\248159.

²⁵ Que no arbitral. De hecho, nada obsta para que las partes puedan acordar que el laudo pueda ser revisado en una segunda instancia arbitral. En sentido similar, *vid.* el artículo 52 del *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*.

²⁶ Auto AP de Tarragona de 25 de enero de 2017, *ECLI:ES:APT:2017:152A*.

²⁷ Sobre esta cuestión *in extenso*, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Madrid, 2000, pp. 53-69. Por lo demás, debe apuntarse que este cambio de criterio constituye, hoy por hoy, la tónica general en el Derecho comparado.

*este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las 'fórmulas sacramentales' como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje y a favor; en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes...*²⁸.

18. A partir de aquí, para constatar la existencia de dicho convenio por *escrito*, todo son facilidades: no sólo se admite expresamente cualquier modo de contratación electrónica y se acepta la sumisión a arbitraje mediante una cláusula por referencia (art. 9.3 y 9.4), sino que además, dicha referencia ni siquiera debe explicitar que el convenio arbitral forme parte del contrato²⁹.

3. *El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.*

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. *Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior*³⁰.

En consecuencia, al superarse incluso la letra del artículo 7 LM, no debe haber inconveniente en asumir lo pretendido por el grupo de expertos que redactó este precepto; esto es, debe aceptarse sin reparos que el “intercambio” al que hace alusión el tercer párrafo de la norma no implique que ambos documentos hagan alusión al convenio arbitral, ni siquiera que una o las dos cartas estén firmadas. Pues en puridad, lo único que pretende el precepto es un *consentimiento escrito de cada parte*³¹.

19. Ahora bien, pese a lo anterior, son imaginables una serie de supuestos –altamente controvertidos– donde, aun no existiendo propiamente ese *consentimiento escrito de cada parte*, puede considerarse válido el convenio arbitral. Dichos supuestos, que no han sido objeto de regulación por el legislador³², son básicamente dos: (i) el que gira en torno a la validez de la cláusula *semiescrita*; y, (ii) el que gira en torno a la validez del convenio arbitral contenido en un documento gestionado por un tercero –normalmente, sociedad de mediación–. Adviértase, no obstante que lo que a continuación se diga debe entenderse siempre sin perjuicio de lo establecido en el párrafo sexto del precepto, pues puede ocurrir –y de hecho ocurrirá– que un convenio que se considere nulo en aplicación estricta de los párrafos tercero y cuarto de la norma, se considere válido en el contexto internacional por cumplir los requisitos establecidos en las *normas jurídicas* elegidas por las partes. Único requisito común a ambas regulaciones es que del criterio escogido y de las circunstancias del supuesto pueda deducirse una *voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje.

20. Con el término cláusula *semiescrita* se designa a las cláusulas que nacen a partir de una oferta planteada por una parte de forma unilateral sin recibir contestación de la otra al respecto. De hecho, así podría calificarse al controvertido convenio arbitral que finalmente dio origen a la sentencia *Marc*

²⁸ STS de 6 de febrero de 2003, RAJ 2003\805.

²⁹ A diferencia de lo que establece el art. 7.2 *in fine* de la LM: “La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

³⁰ En palabras de la EM de la Ley: “Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma”.

³¹ A este respecto, *vid.* H. M. HOLTZMANN / J. E. NEUHAUS, *A Guide To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*, Deventer, 1994, p. 236: “It should be noted that the ‘exchange’ of letters, telexes, etc. does not require that both mention the arbitration agreement, or even that one or both letters be signed. What is sought is a written form of assent from each party”.

³² Lo polémico del asunto, combinado con el carácter *antiformalista* que reviste el precepto, hubiera exigido alguna pauta al respecto. Pauta que, por ejemplo, sí ha incorporado el legislador alemán (§1031.2 ZPO).

Rich del TJCE: un convenio arbitral incluido en un texto transmitido por télex como contestación a una oferta de compra de petróleo, y sobre el cual no hubo contestación posterior³³.

Pues bien, en puridad, una interpretación rigurosa, tanto literal como teleológica del precepto –no se constata un consentimiento escrito de cada parte– conduce, en principio –y sólo en principio–, a negar la validez de dicho convenio. Sin embargo, esta última afirmación puede ser matizada cuando en el supuesto concreto concurren una serie de circunstancias que otorguen al juzgador la certeza de que la parte que guardó silencio conocía la existencia del convenio arbitral e implícitamente lo consintió.

Paradigmático en este sentido es el Auto del TS de 28.3.2000³⁴, cuando constatando que de los documentos aportados no puede deducirse el consentimiento escrito de cada parte, señala: “*dichos documentos no cumplirían con las exigencias formales impuestas en el art. IV, 1 b/ del Convenio. Sin embargo... esta Sala ha orientado su esfuerzo hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte en la relación comercial*”.

Tal certeza puede deducirse de determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, cuando la parte en cuestión ejecutó, siquiera de forma parcial, alguna de las obligaciones contenidas en el mismo contrato³⁵. Del mismo modo, puede considerarse que hubo voluntad de quedar sometido al convenio arbitral, cuando el silencio constituya la forma habitual de prestar consentimiento en un sector determinado³⁶.

21. Igualmente controvertido puede resultar el examen de la validez del convenio arbitral contenido en un documento gestionado por un *tercero* –normalmente, sociedad de mediación–. La solución a estos supuestos, sin embargo, también puede obtenerse a partir de los criterios anteriormente citados³⁷; esto es, constatando la existencia de relaciones comerciales habituales entre las partes³⁸, constatando que la forma de contratar se adecua a los usos comerciales del sector afectado³⁹, y, sobre todo, constatando que realmente hubo voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje. La copiosa jurisprudencia del TS en el ámbito del exequátur del laudo arbitral debe coadyuvar a resolver la laguna legal que encierra el artículo 9 LA. Y es que, debe observarse que la jurisprudencia dictada por el Alto Tribunal en esta materia es, en la mayoría de los supuestos, perfectamente compatible con el tenor del precepto actualmente en vigor.

Así, por ejemplo, es obvio que dicho convenio se reputará nulo cuando el mediador no pueda demostrar que el documento que contenía el convenio arbitral fue efectivamente enviado a la parte que guardó silencio⁴⁰; o, cuando a las confirmaciones de venta sin firmar por las partes, no se acompañe documento alguno que haga prueba de la existencia de algún tipo de contrato que determine relaciones habituales⁴¹.

³³ Dicho convenio fue considerado válido por los jueces británicos; no así por los jueces italianos. El supuesto sirve, en consecuencia, para llamar la atención sobre la necesidad de una armonización de esta cuestión en el seno de la Unión Europea. Sobre la relevancia de la citada sentencia *Marc Rich vid. GÓMEZ JENE, El arbitraje... cit.*, pp. 106-122.

³⁴ *RCEA*, 2000, pp. 253-255 (citando otros Autos en la misma dirección). De dicción muy similar *vid.* también el Auto del TS de 14 de julio de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 287-289.

³⁵ Maneja este argumento, entre otras circunstancias, para esgrimir la validez del convenio arbitral el Auto del TS de 18 de abril de 2000, *RCEA*, 2000-2001, pp. 267-268; Auto del TS de 24 de noviembre de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 307-310.

³⁶ Este es el criterio en el que se apoya la ley alemana para aceptar la validez de las cláusulas *semiescritas*.

³⁷ Pues muchos de los Autos del TS –entre ellos, algunos de los ya citados– resuelven sobre cláusulas *semiescritas* remitidas por sociedades mediadoras.

³⁸ Aunque finalmente no se aceptara la existencia del convenio arbitral, sopesa esta circunstancia el Auto del TS de 29 de septiembre de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 296-299. En aplicación de la nueva LA, expresamente a favor de esta interpretación, AP de Barcelona de 13 de noviembre de 2007, JUR\2008\77240.

³⁹ Expresamente en este sentido, Auto del TS de 18 de abril de 2000, *RCEA*, 2000-2001, pp. 267-268. En aplicación de la nueva LA, también expresamente a favor de esta interpretación, AP de Barcelona de 13 de noviembre de 2007 (JUR\2008\77240).

⁴⁰ Paradigmático, Auto del TS de 16 de abril de 1998, RJ 1998\2919.

⁴¹ Auto del TS de 29 de septiembre de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 296-299; muy similar, Auto del TS de 17 de febrero de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 281-283.

Sobre este particular sigue siendo importante el Auto del TS de 1.4.2003⁴². Dictado en el marco de un exequátur de un laudo arbitral extranjero, recoge la doctrina de este tribunal en la materia –en interpretación, indirecta si se quiere, del artículo II CNY–: “*en relación con la deducción de la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje a partir de la existencia de comunicaciones entre mediadores, ha entendido que concurría en aquellos supuestos en que por los Consejos de Administración de las empresas mediadoras que intervinieron en la negociación se habían expedido sendas certificaciones en las que manifestaban haber actuado en el negocio jurídico por cuenta de las empresas principales (ATS 24.11.1998); a la vista del propio reconocimiento por la demandada de la intervención del mediador (ATS 29.2.2000); a partir de la existencia de comunicaciones del intermediario tanto al mediador de la solicitante como a la propia demandada, en este caso reforzado por los actos propios de la demandada al comparecer en el procedimiento arbitral (ATS 29.2.2000); de la comunicación realizada por mediador especificando que el fletador aceptaba las condiciones del armador (AS 28.11.2000); de la existencia de comunicaciones entre intermediarios negando la demandada aquellas comunicaciones que le beneficiaban y rechazando las que le perjudicaban (ATS 31.7.2000); de las comunicaciones de los intermediarios con referencia al fletamento de un buque anterior y en el que se aceptó la sumisión a arbitraje (ATS 26.2.2002); a la vista de los actos propios de la demandada al comparecer ante el Tribunal arbitral presentando un fax dirigido a la parte contraria asegurando “arbitraje de su parte”; y, por último, a la vista del dato contenido en los antecedentes de hecho del laudo arbitral, en los que se recogía la remisión por las partes a un acuerdo por escrito, celebrado para llevar a pleno efecto el contenido del contrato inicial, y no negado por las partes (ATS 20.2.2001). Por el contrario se ha entendido que no concurría la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje a partir de la existencia de comunicaciones entre mediadores en los siguientes supuestos: en primer lugar, como consecuencia de la ausencia de firma de la demandada en la confirmación de venta remitida por el mediador (ATS 17.2.1998); en segundo lugar, como consecuencia de la ausencia de un contrato de comisión, mandato, agencia corretaje o similar que determinara relaciones habituales entre la entidad demandada y la mediadora (ATS 29.2.1998), y, en tercer lugar, a la vista de la existencia únicamente del sello de la mediadora, existiendo contradicción entre la documentación aportada y, fundamentalmente, a la vista de la existencia de una cláusula de sumisión expresa a los tribunales españoles.”*

Todavía en este contexto, debe tenerse presente que la transmisibilidad de los convenios arbitrales insertos en *conocimientos de embarque* que se rijan por Derecho español (LNM) es una cuestión regulada en una norma *ad hoc* (art. 251 LNM) –*infra* VI–.

IV. Convenio arbitral inserto en las CGC.

22. La inserción del convenio arbitral en las *Cláusulas Generales de la Contratación* (CGC)⁴³ exige una interpretación específica. Así, entendemos que en aplicación del artículo 9 habrá de reputarse válido el convenio arbitral: (i) cuando las CGC que lo contiene se encuentra inserto en el cuerpo principal del contrato y éste ha sido firmado por ambas partes; y, (ii) cuando las CGC estuviesen en un documento aportado junto al contrato –debidamente firmado por las partes contratantes–, siempre que en éste se hiciese una referencia genérica a las CGC (no necesariamente a la cláusula). En igual sentido, el *intercambio* de las CGC, con independencia de que el contrato principal se hubiera determinado de forma oral, sería prueba suficiente de la voluntad de las partes de someter el litigio a arbitraje. La misma consideración positiva merece el hecho de que el contrato que contiene la CGC hubiera sido aceptado mediante una confirmación de venta en la que se hace una remisión en bloque al contrato tipo⁴⁴. Mayores dudas plantea, sin embargo, el hecho de que las CGC que contiene la cláusula no se encuentre incorporada ni en el contrato –aunque en éste se haga una mención genérica a las CGC– ni en la documentación que acompaña; supuesto que, en principio, debe resolverse negando la validez del convenio arbitral⁴⁵.

⁴² RAJ 2003\118425.

⁴³ En este contexto nos referimos únicamente a las CGC incluidas en contratos concluidos entre comerciantes.

⁴⁴ Auto del TS de 17 de febrero de 1998, *Diario La Ley*, 25.11.1998, con comentario de H. AGUILAR GRIEDER, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema”.

⁴⁵ Auto del TS de 26 de mayo de 1998, RJ 1998\4538, *RCEA*, 1998, pp. 233-234.

23. Lo anterior, en poco queda condicionado por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 9 LA (contrato de adhesión); pues de ser de aplicación el régimen español en la materia⁴⁶, el control de *incorporación* (art. 5 LCGC) –por ejemplo– es muy semejante al ya asentado en la jurisprudencia del TS en materia de forma del convenio arbitral.

La referencia jurisprudencial en este contexto lo constituye la STS de 27.6.2017, en cuya virtud: *“Dada la naturaleza negocial y la trascendencia que tiene la voluntad de las partes de renunciar a la solución jurisdiccional de los litigios que puedan producirse respecto de determinadas cuestiones, que entronca con su justificación constitucional, tiene especial relevancia que el convenio arbitral sea el resultado de la negociación de las partes o se encuentre contenido en un contrato de adhesión, que ha sido predispuesto por una de las partes, que es la que ha escogido la solución arbitral como la más conveniente a sus intereses, y que la otra parte haya prestado consentimiento por la adhesión a tal contrato”*⁴⁷.

Esta línea jurisprudencial es compatible con jurisprudencia anterior en el tiempo y, en cuya virtud, se considera que la inclusión de un convenio arbitral en un contrato de adhesión *“no es necesariamente abusivo o desequilibrado o injusto para la parte que no interviene en la fijación de los términos del negocio... y que es actuación ordenada, esperada y propia del profesional que considera la posibilidad de adquirir los derechos... examinar detenidamente los términos del contrato que le es propuesto... que marcan el ámbito jurídico en el que la eventual y futura relación mercantil... se desarrollaría”*⁴⁸.

En sentido similar: *“por contraste con lo que sucede por ministerio de la ley respecto de las cláusulas de sumisión a arbitraje en contratos de adhesión en los que intervengan consumidores, cuando se trata de contratos de adhesión celebrados entre empresarios o profesionales, el carácter abusivo de ese convenio no puede hacerse derivar del mero hecho de ser una cláusula predispuesta: sólo sería predicable si de ella se derivara un desequilibrio importante entre las partes”*⁴⁹.

24. Por lo que hace a la relevancia de este precepto en el contexto *internacional*, –en nuestro caso, arbitraje internacional– debe repararse en que la LCGC únicamente será de aplicación en la medida en que el derecho español sea aplicable al fondo de la controversia. De ser otro el derecho aplicable, la validez de la cláusula arbitral inserta en las CGC habrá de examinarse a la luz de ese derecho –incluido su derecho en materia de CGC⁵⁰–.

V. El convenio arbitral *internacional*: ley aplicable

1. En general

25. Dos ejemplos ayudarán a entender la relevancia de la cuestión relativa a la *ley aplicable* al convenio arbitral.

Ejemplo I: *El caso BCY v BCT*⁵¹. Un contrato de compraventa de acciones fue objeto de una larga negociación. Durante la misma, circularon entre las partes implicadas hasta siete borradores del contrato en cuestión. La segunda y siguientes versiones del borrador incluían un convenio arbitral en el que se establecía un arbitraje CCI con sede en Singapur, y se concretaba como ley aplicable al contrato la ley del Estado de Nueva York. Después de varios meses de negociación no se llegó finalmente a un acuerdo y, en consecuencia, el contrato no fue firmado. Una de las partes inició un arbitraje reclamando daños por

⁴⁶ Con carácter general la Ley 7/1998, de 13 de abril, de *Condiciones Generales de la Contratación* (texto consolidado) y, en materia de consumidores, *vid.* el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (texto consolidado).

⁴⁷ ECLI:ES:TS:2017:2500.

⁴⁸ AP de Madrid de 12 de julio de 2007, JUR 2008\24784.

⁴⁹ STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13260.

⁵⁰ Ello se deduce ya del mismo tenor del art. 1.2 de esta Ley. Desde una perspectiva general *vid.* por todos, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Artículo 3. Ámbito de aplicación. Disposiciones imperativas”, en A. MENÉNDEZ / L. DíEZ-PICAZO (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, pp. 145-215.

⁵¹ *High Court of Singapore* de 9 de noviembre de 2016, *BCY v. BCZ, Lloyd’s Law Reports*, Part 11 [2016] Vol. 2, 7.12.2016, pp. 583-599. *Vid.* también toda la jurisprudencia allí citada.

enriquecimiento injusto y promissory estoppel (obligaciones precontractuales reguladas por el Derecho de Nueva York). En este contexto, se planteó ante los tribunales de Singapur la cuestión relativa a la eficacia del convenio arbitral (*rectius*, la válida “formación” del mismo). Tal cuestión exigía determinar, previamente, la ley a cuya luz debía darse respuesta a la misma: la ley de Singapur, en tanto que ley de la sede del arbitraje, o la ley del Estado de Nueva York, en tanto que ley aplicable al contrato. La cuestión era relevante, pues según la ley elegida, la respuesta a la cuestión planteada era distinta. Finalmente, los tribunales estimaron que la conexión que presentaba los vínculos más estrechos con el supuesto era la ley que regía el fondo del contrato.

Ejemplo II: *El caso Sulamerica*⁵². *Sulamerica y Endesa*, dos empresas brasileñas concertaron un contrato de seguro, en virtud del cual, la segunda aseguraba a la primera ciertos riesgos en la construcción de un embalse. El contrato se regía por derecho brasileño y contenía una cláusula híbrida, con sumisión a arbitraje en Londres, por un lado, y sumisión a los tribunales de Brasil, por otro. En virtud de la ley del lugar del arbitraje, la cláusula híbrida era válida. En virtud de la ley aplicable al fondo del contrato (brasileña), la cláusula era inválida. La *Court of Appeal*, si bien reconoció que, en principio, la cuestión debía regirse por la ley aplicable al contrato, entendió que en el caso concreto debía aplicarse la ley del lugar del arbitraje, pues solo a la luz de esa ley la cláusula era válida. En definitiva, la *Court* basó su razonamiento en un *pro-validation approach* (*mutatis mutandis, principio de interpretación efectiva –supra II.1–*).

26. Como puede apreciarse de los ejemplos transcritos, la jurisprudencia comparada demuestra que, pese a la importancia de la cuestión, las soluciones alcanzadas no son homogéneas. Las consecuencias de esta falta de homogeneidad son relevantes en la práctica: dependiendo de la conexión que se escoja, el juicio sobre la validez del convenio arbitral puede conducir a soluciones opuestas.

27. El contexto así descrito se debe, básicamente, a que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno no contempla una norma *ad hoc* que regule esta cuestión. Ni siquiera los reglamentos de las Cortes de arbitraje más importantes a nivel internacional contemplan previsión alguna al respecto⁵³. Lo anterior es hasta cierto punto llamativo, habida cuenta de que el Derecho convencional sí prevé una norma para regular esta cuestión: concretamente, en el artículo VI.2 CG.

Artículo VI CG. *Competencia de los tribunales judiciales estatales.*

2. *Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias decidirán:*

- a) según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral;
- b) no existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo;
- c) careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto.

La aplicación de esta norma de conflicto es muy restringida, pues, como hemos dicho ya, el CG tiene un ámbito de aplicación espacial reducido (ambas partes deben tener su domicilio o sede en un Estado parte). En cualquier caso, si el supuesto reúne los requisitos para que este texto internacional sea aplicable, la norma en cuestión desplaza la aplicación de la norma interna (en el ordenamiento jurídico español, desplaza la aplicación del artículo 9.6 LA).

28. Pese a la existencia de esta norma convencional, un estudio detenido de la jurisprudencia comparada permite afirmar que la mayoría de los tribunales que se han confrontado con esta cuestión no

⁵² *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v. Enesa Engenharia SA & Ors*, 16 de mayo de 2012, [2012] EWCA Civ 638. Al respecto *vid.*, A. ARZANDEH, “The Law Governing Arbitration Agreements in England”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, [2013] LMCLQ, Feb. 2013, pp. 31-35.

⁵³ Ni el Reglamento de arbitraje de la CCI 2017 ni el Reglamento LCIA prevén disposición alguna al respecto.

han tenido en consideración las conexiones previstas en el artículo VI.2 CG, decantándose, en defecto de elección expresa de las partes, por aplicar la *lex contractus*; esto es, la ley aplicable al contrato en el que se inserta el convenio arbitral⁵⁴. También parece ser ésta la solución mayoritariamente aceptada en la doctrina comparada⁵⁵. Lo anterior sin perjuicio de que, a la luz de las particulares circunstancias del supuesto, pueda justificarse la elección de uno u otro criterio (recurriendo *de facto* a la conexión de “vínculos más estrechos”)⁵⁶.

29. Para alcanzar esta solución, son distinguibles distintas vías, tanto de origen legal (expresamente previstas en el ordenamiento arbitral), como de origen jurisprudencial. La solución inglesa, por ejemplo, es de corte jurisprudencial y se basa en una aproximación en tres escalones: (i) la elección expresa de las partes; (ii) la elección implícita de las partes; y, (iii) en defecto de ambas, la elección de la ley que tenga la conexión más estrecha y real con el supuesto⁵⁷. La solución francesa es de origen jurisprudencial⁵⁸ y posterior plasmación legal⁵⁹; en su virtud, la validez del convenio arbitral no queda sometida a ningún ordenamiento jurídico. Su validez se deduce a partir de la sola constatación de la voluntad de las partes⁶⁰. Por su parte, la solución española –de corte legal– se ha inspirado profundamente en la solución que prevé el ordenamiento suizo (art. 178.2 de la Ley suiza de DIPr.). Dicha solución se plasma en la *norma de conflicto* que constituye el artículo 9.6 LA.

2. En especial: el artículo 9.6 LA

30. Especialmente relevante –y quizá también especialmente compleja– resulta la regulación en clave conflictual que recoge el sexto párrafo del artículo 9 LA. Reservada para aquellos supuestos en los que el arbitraje revista carácter internacional, el párrafo en cuestión encierra, por un lado, una disposición material –*la controversia será susceptible de arbitraje*–, y, por lo que ahora importa, una norma de conflicto con tres puntos de conexión de aplicación *alternativa* destinados a concretar las normas u ordenamiento jurídico a cuya luz se apreciará la validez del convenio arbitral.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

⁵⁴ Como uno de los primeros antecedentes en este sentido, *vid.* OLG Munich de 7 de abril de 1989 - 23 U 6310/88, *RIW*, 1990, pp. 585-586. También expresamente en este sentido: *Swenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania* [2005] EWHC 2437; *Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) v. Ferrell International Ltd* [2002] 1 All ER (Comm) 627. *Vid.* también el exhaustivo análisis jurisprudencial hecho en la sentencia *BCY v. BCT supra*. Sin embargo, tomando como criterio el lugar del arbitraje, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others* [2014] SGHRC 12.

⁵⁵ Al respecto, S. BOND, “What were they thinking? The Law Governing the Arbitration Agreement”; N. PITKOWITZ, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, ambos trabajos en, *Liber Amicorum en l’honneur de William Laurence Craig*, LexisNexis, París, 2016, pp. 29-56 y pp. 275-288, respectivamente. *Vid.* también la doctrina citada en las sentencias de referencia *infra*. La doctrina alemana, sin embargo, se decanta por la aplicación de la ley del lugar del arbitraje: J. P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3ª Ed., Otto Schmidt, Colonia, 2008, p. 76; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, *cit.*, p. 1435.

⁵⁶ Una detallada descripción de supuestos puede verse en: S. BOND, “What were they thinking...”, *cit.*, pp. 49-55.

⁵⁷ Expresamente en este sentido, § 25 sentencia *Sulamerica, infra*.

⁵⁸ *Cour de cassation* de 20 de diciembre de 1993, *Rev. Arb.*, 1994, p. 116-118. Se trata de la célebre sentencia *Dalico*. En su virtud: *la existencia y eficacia del convenio arbitral deben ser valoradas, subordinadas a las normas imperativas del Derecho francés y al orden público internacional, a la luz de la común intención de las partes, no siendo necesaria ninguna remisión a derecho nacional alguno* (la traducción es nuestra).

⁵⁹ Artículo 1507 NCPC: *La convention d’arbitrage n’est soumise à aucune condition de forme.*

⁶⁰ Para ver los inconvenientes de esta opción en el contexto del reconocimiento del laudo arbitral, *vid.* la sentencia *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. the Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, 3 de noviembre de 2010, [2010] UKSC 46. Sobre la misma *vid.*, G. CUNIBERTI, “Quelle coordination entre systèmes juridiques adoptant des représentations différentes de l’arbitrage International?”, *Les Cahiers de l’Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2010-1; pp. 159-171; J. GRIERSON / M. TAO, “Dallah: Conflicting Judgements from the U. K. Supreme Court and the Paris Cour d’Appel”, *J. Int. Arb.*, 2011, pp. 407-422.

Este precepto refleja perfectamente lo que doctrinalmente se denomina *pro-validation approach*⁶¹. En palabras del legislador: “*En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9*” (EM). Es decir, puede darse incluso el supuesto en el que el convenio arbitral no pueda considerarse válido a la luz de la ley (o normas jurídicas) expresamente elegidas por las partes, pero que, sin embargo, sí pueda considerarse válido conforme a uno de los otros dos puntos de conexión enunciados en el precepto (normas jurídicas aplicables al fondo o derecho español). En este caso, el convenio arbitral sería válido.

31. Respecto de los puntos de conexión que utiliza el precepto, cabe realizar una serie de observaciones.

(i) La primera de ellas gira en torno al alcance de la expresión “*normas jurídicas*” utilizada en los dos primeros puntos. El uso de la misma no es casual, pues el tercer punto de conexión hace referencia al “derecho español”. El legislador ha querido distinguir, por tanto, entre ambas acepciones. Debe repararse, además, en que la expresión “normas jurídicas” no es asimilable a la de “usos mercantiles”, pues el mismo artículo 34 LA distingue claramente entre ambas acepciones. La Exposición de Motivos, por su parte, realiza la siguiente precisión: “*La ley prefiere la ‘expresión normas jurídicas aplicables’ a la de ‘derecho aplicable’, en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional*”.

Así las cosas, entendemos que la expresión “normas jurídicas” hace referencia, en principio, a lo que comúnmente tanto los prácticos como la doctrina denominan *Lex Mercatoria*; si bien, no hay consenso en la doctrina comparada en concretar el contenido de la misma. Para un sector doctrinal, esta denominación hace referencia a un *verdadero ordenamiento jurídico* antes que a un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas y reglamentos de asociaciones que pretende regular aspectos concretos del comercio internacional. Para otro, sin embargo, la *Lex Mercatoria* es un método para alcanzar decisiones (*method of decision-making*): en su virtud, los árbitros deciden a partir de un análisis legal y jurisprudencial comparado, concretando a partir de dicho análisis las normas jurídicas más ampliamente aceptadas en el sector concreto.

Sin perjuicio de la idoneidad de esta distinción⁶², es lo cierto que, aun asumiéndola, su relevancia a la hora de interpretar el precepto en cuestión es más que relativa. Y ello, porque el mismo artículo 34 LA insiste en que a la hora de aplicar e interpretar las “normas jurídicas”, los árbitros deberán tener en cuenta “los usos aplicables”. Siendo esto así, parece lógico entender que para interpretar el criterio de conexión “normas jurídicas” que utiliza el precepto también habrá de estarse, *mutatis mutandis*, a los citados “usos comerciales”.

Pues bien, en la medida en que el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* (*acuerdos atributivos de competencia*) también regula la validez de las cláusulas de jurisdicción tomando como referencia los “usos comerciales”, entiendo que la jurisprudencia del TJUE en interpretación de este precepto constituye una referencia válida y perfectamente extrapolable al ámbito del convenio arbitral. De hecho, seguir esta senda no constituiría ninguna novedad, pues ya la *Corte di Cassazione* italiana tomó en consideración una alegación de parte en el sentido de que el artículo II.2 CNY fuera interpretado de acuerdo con las directrices marcadas por el TJUE sobre el alcance del mencionado precepto⁶³.

Así, y sin ánimo de exhaustividad⁶⁴, estimamos especialmente relevante lo asentado por el citado Tribunal en la sentencia *Castelleti*⁶⁵, en cuya virtud: “*se presume que las partes contratantes han*

⁶¹ A título de ejemplo, S. BOND, “What were they thinking...”, *cit.*, pp. 32-33.

⁶² Una sustanciosa crítica –con más referencias– a la acepción avanzada de la *Nueva Lex Mercatoria* puede verse en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I, Comares, Granada, 2016, pp. 866-874. Sobre la cuestión, *in extenso*, *vid.* K. P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, 1999.

⁶³ *Corte di Cassazione* de 28 de octubre de 1993, núm. 10704, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, pp. 631-635.

⁶⁴ Además de lo que a continuación se diga, *vid.* también la sentencia *Gasser* de 9 de diciembre de 2003, C-116/02 y la sentencia *Coreck* de 9 de noviembre de 2000, C-387/98, ambas del TJUE.

⁶⁵ STJCE de 16 de marzo de 1999, C-159/97.

dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia [léase convenio arbitral] cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer”. Del mismo modo, asentó que “La existencia de un uso, que debe comprobarse en el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, queda acreditada cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. No es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países ni, en particular, en todos los Estados contratantes. No cabe exigir sistemáticamente una forma de publicidad específica. La impugnación ante los Tribunales de un comportamiento que constituye un uso no basta para hacer que pierda su condición de uso”. Además, determinó que “Las exigencias concretas que engloba el concepto de ‘forma conforme a los usos’ deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales”. E igualmente, estableció en esa misma sentencia que “El conocimiento del uso debe apreciarse en relación con las partes originarias del convenio atributivo de competencia, sin que la nacionalidad de las mismas tenga repercusión alguna a este respecto. La existencia de dicho conocimiento quedará acreditada, con independencia de toda forma de publicidad específica, cuando en el sector comercial en el que operan las partes se siga de modo general y regular un determinado comportamiento al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada”.

32. Constatada la posible –y más que recomendable⁶⁶– aplicabilidad de los criterios jurisprudenciales asentados por el TJUE en interpretación de la validez formal de la *cláusula atributiva de competencia*, la segunda observación anunciada afecta a la idoneidad de la técnica legislativa empleada por el legislador en este precepto (ii). Y es que, en la medida en que la expresión “*normas jurídicas*” hace alusión “*a normas de varios ordenamientos*” (así el legislador en la EM), la prueba de su contenido no siempre será cuestión sencilla.

33. Por fin, el último punto de conexión enumerado (*derecho español*) coincidirá a menudo con el derecho de la sede del arbitraje; pero adviértase que tal coincidencia no tiene por qué darse. Y es que, en muchos supuestos, la validez del convenio arbitral será examinada en el contexto de la declinatoria planteada ante el juez español, con independencia del lugar del mismo.

VI. Extensión del convenio arbitral a terceros

1. Con carácter general: extensión a terceros

34. Cuestión no regulada ni en la Ley de Arbitraje ni en los Convenios internacionales es la que concierne a la extensión de los efectos del convenio arbitral –tanto a terceros como a un grupo de sociedades–. Pocos ordenamientos jurídicos regulan expresamente esta cuestión.

El artículo 14 de la *Ley Peruana de Arbitraje* constituye uno de los primeros precedentes en este sentido. En su virtud:

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

35. Con carácter general, puede afirmarse que la jurisprudencia española ha venido admitiendo la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no firmantes del mismo cuando el tercero

⁶⁶ Pues, de asumirse, incorporaría un alto grado de uniformidad y seguridad jurídica. Sobre esta cuestión, más detenidamente, M. GÓMEZ JENE, “*Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje*”, *Diario La Ley*, 20.10.2003, pp. 3-5.

controvertido haya estado o esté directamente implicado en la ejecución del contrato. En este sentido se pronunció el TS en su sentencia de 26.5.2005⁶⁷, con argumentos poco convincentes y sustentando su decisión en el artículo 9.4 LA:

En el caso, un banco español que actuaba como avalista de una transacción quedó vinculado por el convenio arbitral inserto en el contrato entre una compañía española y otra extranjera. En palabras del TS: *“La presente cuestión se centra en el área a la que la moderna doctrina científica denomina ‘transmisión del convenio arbitral’ y que estudia la cuestión de si un contrato concede derechos a un tercero, éste está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato. Y en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato... supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato. Tal afirmación, además, puede tener su base en lo que se dice en la exposición de motivos de la actual LA 2003 que aunque no sea aplicable guarda una magnífica relación con este tema y que habla de la “cláusula arbitral de referencia”, la que se puede definir como aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por las referencia que en él se hace al segundo”*.

La sentencia citada no solo se aleja del criterio mantenido en la jurisprudencia comparada sobre esta cuestión (*infra* VI.2), sino que, además, es difícilmente conciliable con la jurisprudencia del TEDH sobre la extensión de los efectos del convenio arbitral (*supra* II.2). En efecto, el hecho de que una sociedad –ya sea un banco u otro tipo– garantice las obligaciones que otra sociedad asuma con respecto a una tercera, no implica necesariamente que deba conocer el contrato principal. De hecho, de ordinario, el garante tendrá firmado su propio contrato de garantía con la sociedad garantizada. Cuestión distinta es, evidentemente, el hecho de que el garante haya intervenido directamente en el contrato principal⁶⁸.

36. Los TSJ también han aceptado la extensión de los efectos del convenio arbitral, si bien únicamente cuando se constate sin atisbo de duda la involucración del tercero en la ejecución del contrato que contiene la cláusula⁶⁹; es decir, cuando a la luz de los hechos pueda apreciarse una “voluntad inequívoca” de la parte no firmante del convenio de quedar sometido al mismo.

*“es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral –a terceros que no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella– ha de estar sólidamente sustentada, no solo por la exigencia de la voluntad de la sumisión y por escrito como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1 y 9.3 LA) –lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes, v. gr., por falta de oposición al arbitraje incoado (art. 9.5 LA)– sino porque, al fin y a la postre, la inferencia de esa voluntad lleva aparejada una radical consecuencia jurídica: nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, “núcleo duro” –en locución del TC– o “contenido esencial” –en expresión de la Constitución misma (art. 53.1 CE) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva...”*⁷⁰

37. Esta última jurisprudencia en interpretación del alcance del convenio arbitral a terceros no firmantes es, a mi juicio, la única posible. Además, la jurisprudencia de los TSJ está en línea con la jurisprudencia del TJUE sobre la extensión de los efectos de una cláusula de sumisión a tribunales a terceros. Para el TJUE, el *principio de relatividad de los contratos* está presente en este contexto: *“una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato solo puede producir efectos, en principio, entre las partes que acordaron celebrar ese contrato”*⁷¹; si bien, desde la perspectiva del consentimiento:

⁶⁷ RJ 2005\4140.

⁶⁸ *Vid.* también, R. VERDERA SERVER, “Artículo 9”, en: S. BARONA VILAR, *Comentarios a la ley de arbitraje*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 395-396.

⁶⁹ STSJ de Madrid de 16 de diciembre 2014, ECLI:ES:TSJM:2014:15736.

⁷⁰ Citando sentencias anteriores, STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13260.

⁷¹ STJUE de 28 de junio de 2017, C-436/16, *Leventis*.

“Para que esa cláusula sea oponible a un tercero, es necesario, en principio, que éste haya prestado su consentimiento a ese efecto”⁷².

38. Dos excepciones a la regla general de no transmisibilidad serían, a mi juicio, tanto la *cesión del contrato* como la *subrogación*. En virtud del *contrato de cesión* todos los derechos y obligaciones del contrato originariamente otorgado por el cedente y el cedido permanecen inalterados; mantienen su validez y vigencia. El cesionario queda subrogado en el lugar del cedente con consentimiento del cedido. La jurisprudencia del TS en interpretación de este negocio jurídico ha precisado que la cesión del contrato “*produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación*”⁷³. Así las cosas, es lógico concluir que cuando el cesionario firma la cesión del contrato acepta todas las cláusulas del mismo, incluido, evidentemente, el convenio arbitral. La independencia que el artículo 22 LA proclama del convenio arbitral respecto de las demás cláusulas del contrato no opera en este contexto, pues dicha independencia se concibe a los solos efectos de que el árbitro pueda entrar a valorar la nulidad del contrato donde el convenio se inserta. Por otro lado, excluir el citado convenio del contrato cedido implicaría modificar una cláusula del mismo, lo que a la postre impediría calificar el negocio jurídico como *cesión de contrato*.

Argumentos similares son esgrimibles en el supuesto de *subrogación*. De hecho, el TS ha aceptado expresamente la subrogación de una aseguradora en el arbitraje; matizando, sin embargo, que no alcanza el convenio arbitral a aquellas aseguradoras que, lejos de actuar como subrogadas en la posición contractual de su asegurada, son traídas al pleito por el ejercicio de la acción directa⁷⁴.

2. Con carácter particular: los grupos de empresa (*Doctrine of Group of Companies*)

39. El asunto que doctrinalmente sirve como punto de partida para el estudio de estos supuestos es el comúnmente conocido como *Dow Chemical*⁷⁵. La particularidad de este supuesto radica en que los criterios adoptados por el colegio arbitral para vincular la sociedad matriz al convenio arbitral fueron refrendados por la *Cour d'appel* de París. Desde entonces, la práctica arbitral ha ido perfeccionando una serie de circunstancias que, cumulativamente consideradas, pueden llevar a extender los efectos del convenio arbitral a una sociedad del mismo *no* firmante del mismo (en muchos casos, a la matriz). Así, por ejemplo, han sido consideradas circunstancias relevantes: la efectiva participación de la sociedad no suscriptora en la negociación o ejecución del contrato; la constatación de una voluntad común de las partes de someter a dicha sociedad al contrato litigioso; la constatación de una fuerte apariencia de ser la sociedad no firmante la verdadera parte contractual; así como la realización de la prestación característica del contrato por la sociedad no firmante⁷⁶. Doctrinalmente se han distinguido hasta tres condiciones para que la doctrina sobre el *Grupo de empresas* pueda ser aplicable; esto es, para extender el convenio arbitral a sociedades *no* firmantes del mismo: (i) la existencia de una clara estructura de grupo (con una clara jerarquía y estructura operacional); (ii) una participación activa de la sociedad *no* firmante en las negociaciones y redacción del contrato que contiene la cláusula; y, (iii) una intención común de las sociedades vinculadas en someterse a arbitraje⁷⁷. Tales circunstancias deben ponderarse caso por caso; a la luz de la distinta intensidad con que se manifiesten⁷⁸. En cualquier caso, es cierto también que, por

⁷² STJUE de 21 de mayo de 2015, C-352/13, *CDC*.

⁷³ STS de 19 de septiembre de 1998, ECLI:ES:TS:1998:5226.

⁷⁴ STS de 20 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6660.

⁷⁵ Laudo CCI núm. 4131/1982, *Rev. Arb.*, 1984, pp. 137-150. Laudo confirmado por la *Cour d'appel* de París de 21 de octubre de 1983, *Rev. Arb.*, 1984, pp. 98-101. Sobre estas cuestiones, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Santiago de Compostela, 2001; *Idem*, “Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades”, *CDT*, 2009, pp. 5-28.

⁷⁶ Para una enumeración más exhaustiva, H. AGUILAR GRIEDER, “Arbitraje comercial...” *cit.*, p. 21.

⁷⁷ S. BREKOUKAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2011, pp. 154-164.

⁷⁸ Sobre la relevancia de las circunstancias del caso, así como un análisis detallado de distintos supuestos que pueden plantearse, *vid.*, B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2005, pp. 49-100.

un lado, tales condiciones son de difícil apreciación en la práctica; por otro, suponen una excepción a principios del derecho contractual tan asentados como el de *relatividad de los contratos* (art. 1257 Cc); y, finalmente, rebajan ostensiblemente el grado de seguridad jurídica que la firma de un convenio arbitral exige. Por ello, lo anterior solo es aceptable si de las circunstancias puede apreciarse una *voluntad inequívoca* de la sociedad no firmante de someterse a arbitraje.

40. La aplicación de esta “doctrina” a nivel jurisprudencial ha generado un problema de relevancia práctica importante, pues, en su interpretación, los tribunales franceses han rebajado ostensiblemente los requisitos para apreciar la voluntad de la parte no firmante de someterse a arbitraje. Hasta tal punto que, según su práctica actual, se conforma con apreciar la sola *implicación directa* de la sociedad no firmante en la ejecución del contrato –que contiene el convenio– para vincularla al mismo⁷⁹. El resto de la jurisprudencia comparada, por su parte, no solo no acepta la aplicación de esta doctrina a partir de circunstancias tan tenues; sino que, antes al contrario, se caracteriza en este punto por estrechar al máximo los márgenes de aceptación de esa extensión de los efectos del convenio. Es decir, la búsqueda de esa *voluntad inequívoca* se impone como criterio a cuya luz aceptar la extensión de los efectos del convenio.

Así, la *High Court of Justice* inglesa anuló parcialmente un laudo dictado en Londres por entender que el tribunal arbitral, en aplicación de la doctrina del “Grupo de compañías”, extendió su competencia de forma errónea. Para la *High Court*, esta forma de extender los efectos del convenio arbitral “*está abierta a críticas sustanciales y adolece de serias deficiencias (errores) de Derecho*”⁸⁰.

Del mismo modo, la *Court of Appeals* del Segundo Circuito de EEUU denegó el exequátur de un laudo arbitral en aplicación de la cláusula de orden público por entender que una de las sociedades involucradas no había otorgado el consentimiento necesario para someterse a arbitraje. Para la *Court*, la extensión de los efectos solo es posible cuando “*the totality of the evidences supports an objective intention to agree to arbitrate*”⁸¹.

Por su parte, el *Tribunal Federal* suizo ha estimado –como previamente habían estimado los árbitros– que un Acuerdo de garantía (*Guarantee Agreement*) firmado entre dos sociedades de un mismo grupo, en cuya virtud se garantizaba el pago de lo establecido en un contrato, y en el que se hacía expresa referencia al contrato garantizado (que incluía el convenio arbitral), no vinculaba a la sociedad garante⁸². En este sentido, el Tribunal Federal hace una clara distinción entre una *cesión de crédito* y un *acuerdo (o contrato) de garantía*. De tal modo que, a diferencia de los primeros, los contratos de garantía no transfieren derechos y obligaciones; antes al contrario, crean una nueva relación jurídica entre las partes. En el caso, la alusión al contrato servía sólo para identificar las obligaciones a garantizar. Pero nada más⁸³.

41. La doctrina comparada también es prácticamente unánime en este ámbito: el punto de partida es –otra vez– la constatación de una *voluntad inequívoca* como prueba del consentimiento: la renuncia al juez predeterminado por la ley que la firma de un convenio arbitral a la postre supone, exige una prueba contundente⁸⁴. En definitiva:

⁷⁹ *Cour de cassation* de 27 de marzo de 2007, *Rev. Arb.*, 2007, p. 347 (si bien referido a un supuesto de contratos en cadena). Más evidente, *Cour de cassation*, 7 de noviembre de 2012, *Rev. Arb.*, 2012, p. 876: « *L’effet de la clause d’arbitrage international contenue dans le contrat initial s’étendant aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat* ».

⁸⁰ *High Court of Justice, Queens Bench Division Commercial Court, Peterson Farms Inc. V. C & M Farming Limited*, 4 de febrero de 2004, [2002] EWHC 121 (Comm).

⁸¹ *United States Court of Appeals, Second Circuit*, 14 de abril de 2005, *YCA*, 2005, pp. 1158 ss.

⁸² *Tribunal Federal* de 19 de agosto de 2008, 4A_128/2008, (www.bger.ch). Al respecto, *vid.* G. NAEGELI / C. SCHMITZ, „Switzerland: Strict Test for the Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories“, *SchiedsVZ*, 4/2009, pp. 185-188. Una recopilación de la jurisprudencia suiza a este respecto puede verse en la sentencia del *Tribunal Federal* de 6 de octubre de 2016, 4A_310/2016, *ASA Bull.*, 2017, pp. 150-152.

⁸³ Repárese, no obstante, que los efectos de un acuerdo o contrato de este tipo se determinarán conforme a lo establecido en la ley que lo rijan (en el supuesto, la ley italiana).

⁸⁴ Desde la perspectiva constitucional, H. P. MANSEL, “Vertretungs- und Formprobleme bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung – zur subjektiven Reichweite von Schiedsklauseln in Konzernsituationen”, *Festschrift für Georg Maier Reiner zum 70 Geburtstag*, C. H. Beck, Munich, 2010, pp. 407-410. *Vid.* también, J. P. LACHMANN, *Handbuch...*, *cit.*, pp. 135-136; C. JÜRSCHIK, *Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen*, Verlag Dr. Kovac, Hamburgo, 2011, pp. 81-178 (pronosticando el no reconocimiento en Alemania de un laudo arbitral dictado como consecuencia de extender los efectos del convenio a una sociedad no firmante). Para una exhaustiva crítica, con más referencias, S. BREKOULAKIS, *Third Parties...*, *cit.*, pp. 175-198.

*Except for countries heavily influenced by the French legal system, the group of companies' doctrine does not appear to have received much support in further jurisdictions. In fact, a detailed survey covering 24 countries worldwide recently showed that an overwhelming majority of the jurisdictions surveyed do not recognize the doctrine*⁸⁵.

42. Desde la perspectiva española es destacable que la cuestión ni está expresamente regulada en la LA, ni existe jurisprudencia expresa al respecto. No obstante, de la jurisprudencia existente en materia de extensión de los efectos del convenio arbitral, puede presumirse que, solo en el caso de que concurran circunstancias a cuya luz pueda constatar una *voluntad inequívoca* de la sociedad no firmante de someterse a arbitraje, es aceptable la extensión de los efectos del convenio a otras sociedades del grupo.

3. Con carácter especial: el artículo 251 LNM

43. El artículo 251 de la Ley de Navegación Marítima (LNM) establece una regla especial de transmisión del convenio arbitral previsto en un *conocimiento de embarque*:

Artículo 251. *Eficacia traslativa.*

... El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX.

44. En perspectiva de DIPr., la dificultad de esta norma radica en determinar cuándo es de aplicación. Y es que, *a priori*, la norma en cuestión podría ser aplicable cuando el conocimiento de embarque se rija por derecho español⁸⁶ y/o cuando el arbitraje tenga su sede en España.

A mi juicio, la conexión a retener en este contexto debe ser, en principio, la primera. En consecuencia, el artículo 251 LNM solo debería aplicarse cuando el *conocimiento de embarque* se rija por derecho español –con independencia de la sede del arbitraje–. Ello debería ser así porque la conexión de la ley aplicable al conocimiento de embarque es la que mejor asume, encarna o refleja el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en tanto que ley expresamente escogida por ellas. Desde esta perspectiva, cabe presumir también que será ésta la ley que mejor conozca el profesional del sector, con lo que ello supone respecto de las consecuencias de su aplicación (previsibilidad). Finalmente, cabe destacar también que el criterio de la ley aplicable al *conocimiento de embarque* ha sido el escogido por el TJUE para interpretar la extensión de los efectos de una cláusula de jurisdicción incluida en un conocimiento de embarque⁸⁷. En cualquier caso, si de las circunstancias del supuesto puede deducirse que dicha ley presenta los vínculos más estrechos con la controversia, debería descartarse el juego de otras conexiones en este contexto.

VII. Cláusulas híbridas: el convenio arbitral *opcional o unilateral*

45. Un supuesto cada vez más frecuente en la contratación internacional –máxime desde que existe jurisprudencia favorable sobre el particular– es el relativo a la inclusión de una cláusula *híbrida, opcional o unilateral* en el contrato. Con esta denominación se hace referencia a un tipo de cláusula que prevé la sumisión alternativa a arbitraje y tribunales o la sumisión alternativa a distintos tribunales. Dependiendo de la posición procesal de las partes, se distinguen teóricamente dos tipos de cláusulas: (i) cláusulas simétricas: son aquéllas que dejan en manos del *demandante* (con independencia de su posición contractual) la opción de elegir entre arbitraje o jurisdicción, o entre las distintas jurisdicciones

⁸⁵ S. WILSKE / L. SHORE / J. M. AHRENS, “The ‘Group of Companies Doctrine’ – Where is the Heading?”, *The American Review of International Arbitration*, 2006, p. 85.

⁸⁶ Téngase en cuenta en este contexto el artículo 5.1 del Reglamento Roma I.

⁸⁷ STJUE de 7 de febrero de 2013, C-543/10, *Refcom*.

designadas en la cláusula; (ii) cláusulas asimétricas: son aquéllas que dejan en manos de una sola parte la opción de elegir entre arbitraje y/o jurisdicción o varias jurisdicciones.

46. La jurisprudencia española sobre la validez de estas cláusulas es, lamentablemente, contradictoria. De hecho, incluso existen pronunciamientos contradictorios sobre esta cuestión de un mismo tribunal.

Ejemplo I: Cláusula simétrica. STSJ de Madrid de 1.2.2016⁸⁸: Declara implícitamente válida una cláusula del siguiente tenor: *ARBITRAJE: Todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, serán sometidos a arbitraje de equidad, regulado en la ley de arbitraje española de 5 de diciembre de 1988, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte, sin perjuicio de su derecho de acudir ante los tribunales de justicia y de lo previsto en las leyes para la impugnación de acuerdos sociales.*

Ejemplo II. Cláusula simétrica. STSJ de Madrid de 13.12.2016⁸⁹: Declara –a mi juicio incorrectamente– inválida una cláusula del siguiente tenor: “29. El proveedor y D acuerdan que las diferencias que pudieran existir en la interpretación y cumplimiento de este Pedido, en lo referente a la ejecución del mismo, serán resueltas amistosamente, sometiéndose ambos, en el caso de que no fuera suficiente, al arbitraje de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) web: www.cimaarbitraje.com

30. El proveedor y D se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de Cádiz, con renuncia de cualquier otro fuero o domicilio que pudieran corresponderles”.

La interpretación del TSJ de Madrid se apoya en el criterio establecido por el TS en su sentencia de 11.2.2010, en cuya virtud: “la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisivo y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones”⁹⁰. Y, sin embargo, choca con la interpretación que el mismo TS ha hecho respecto de los supuestos en los que –a salvo una lectura del convenio controvertido (no recogido en la sentencia)– el contrato contiene un convenio arbitral y como conexión de cierre una cláusula de sumisión a tribunales: “Para la Audiencia, siendo incuestionable que las partes convinieron que “cualquier discrepancia sobre la interpretación del presente documento será resuelto mediante arbitraje de equidad”, sin embargo, tal pacto no es suficiente para reputar inequívoca su voluntad, cuando, como aquí acontece, también fijaron en el mismo pacto otro referente a la sumisión (competencia territorial) al fuero de los tribunales de Igualada, pues la exigencia de “voluntad inequívoca” a que se refiere la Ley no puede conciliarse con que, en la misma cláusula en que figura el pacto arbitral se incluya otra referente a la sumisión de las partes al fuero voluntario. Pues bien, esta interpretación no se acomoda a la doctrina de esta Sala, que ha señalado que la sumisión dirigida a fijar el fuero voluntario, no elimina aquella voluntad inequívoca de sumisión a arbitraje, sino que “obedece al interés de seguir tal fuero territorial en lo que sea ajeno al arbitraje o en el caso de que se renuncie voluntariamente a éste”⁹¹. Adviértase que después de este último fallo el operador económico introdujo en sus contratos cláusulas simétricas del tenor expuesto en el segundo ejemplo. La sentencia del mismo TS de 11.2.2010 hizo una interpretación muy errática sobre el particular, pues si bien parece aceptar nuevamente este tipo de cláusulas, introdujo la mención arriba señalada que ha servido para que el TSJ anule un laudo por declarar dicho convenio nulo.

47. Si bien se miran, una cláusula híbrida *simétrica* que deja a criterio del demandante la opción de recurrir a arbitraje o a la jurisdicción tiene, de entrada, mucho sentido; pero además se trata de un tipo de cláusula de todo punto compatible con la voluntad *inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje. De hecho, no es más que una manifestación “evolucionada” o “más sofisticada” de la autonomía de la voluntad en este contexto. En efecto, repárese en que desde que se firman este tipo de cláusulas hasta que surge una controversia pueden darse toda una serie de circunstancias o imponderables que, en ese momento concreto, recomienden una u otra opción. Que las partes reserven al futuro demandante (sea éste quien sea) la opción de elegir entre una u otra vía no puede considerarse incompatible con su voluntad de someterse a arbitraje: existe una voluntad inequívoca por ambas partes de que, en su caso,

⁸⁸ STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:701.

⁸⁹ STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13260.

⁹⁰ STS de 11 de febrero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1669.

⁹¹ STS de 10 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:4828.

puede haber arbitraje; y esa voluntad es compatible con una reserva para someterse, también en su caso, a la jurisdicción.

48. En el plano *internacional*, estas cláusulas o bien prevén la sumisión alternativa a tribunales de distintos países designados en la misma cláusula; o bien prevén en beneficio de una sola parte (de ordinario, financiador) la sumisión a todo aquel tribunal que esta parte elija.

Ejemplo I. Cláusula simétrica. Auto AP de Madrid, 18.10.2013⁹². Se confirma el Auto de un JM de Madrid declarándose incompetente por haber estimado válida una cláusula de sumisión, o bien a arbitraje o bien a los tribunales de los Países Bajos.

Ejemplo II: Cláusula asimétrica. “*Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula X del contrato [cláusula en la que las partes eligen una jurisdicción determinada] la parte A podrá someter unilateralmente cualquier disputa a arbitraje en los términos previstos en la cláusula Y de este contrato [cláusula en la que se contemplan los detalles del arbitraje: sede, institución arbitral, número de árbitros...]*”

Ejemplo III. Cláusula asimétrica. *High Court*, 24.5.2013⁹³: Considera válida una cláusula asimétrica del siguiente tenor: (a) *The courts of England have exclusive jurisdiction to settle any dispute arising out of or in connection with this Agreement...* (c) *This clause ... is for the benefit of the Lender only. As a result, the Lender shall not be prevented from taking proceedings related to a Dispute in any other courts in any jurisdiction. To the extent allowed by law, the Lender may take concurrent proceedings in any number of jurisdictions*⁹⁴.

49. En defecto de pronunciamiento del TJUE al respecto, cabe señalar que la validez de las cláusulas híbridas *asimétricas* es, en ciertos supuestos, controvertida; no en vano la jurisprudencia comparada es contradictoria en su interpretación⁹⁵. Así, a diferencia de la *High Court* (*supra* párrafo anterior), la *Cour de cassation* francesa ha declarado la invalidez de una cláusula híbrida asimétrica que no establecía con precisión los tribunales afectados por tal sumisión⁹⁶ y, sin embargo, ha declarado válida una cláusula híbrida asimétrica que establecía con precisión los distintos tribunales ante los que una sola parte podía demandar⁹⁷. Para la *Cour*, este último tipo de cláusulas son válidas en la medida en que cumplan con los objetivos que el TJUE ha establecido en su jurisprudencia en interpretación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* (cláusulas de sumisión a tribunales). Dichos objetivos son: existencia de un consentimiento de los interesados, previsibilidad y seguridad jurídica⁹⁸.

También la jurisprudencia alemana ha matizado la eficacia de estas cláusulas. Y así, en un supuesto de aplicación de la Ley alemana sobre CGC –aplicable entre comerciantes–, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) ha sentenciado que es abusiva una cláusula que solo concede al predisponente la posibilidad de optar entre arbitraje y jurisdicción⁹⁹. Jurisprudencia menor ha matizado, sin embargo, el alcance de aquella jurisprudencia, otorgando validez a una cláusula asimétrica si el predisponente demuestra un interés justificado en la elección entre arbitraje y jurisdicción y la forma de ejercer el derecho de elección entre ambos foros queda nítidamente regulada¹⁰⁰.

⁹² Auto AP Madrid (Sección 28ª) de 18 de octubre de 2013; AAPM 1988/2013.

⁹³ *High Court* de 24 de mayo de 2013 [2013] EWHC 1328 (Comm).

⁹⁴ La *High Court* ha establecido, además, que este tipo de cláusula también otorga competencia exclusiva al tribunal designado a los efectos de la aplicación del artículo 31.2 del Reglamento Bruselas I *refundido*: *High Court* de 3 de febrero de 2017, [2017] EWHC 161 (Comm).

⁹⁵ Al respecto, S. NESBITT / H. QUINLAN, “The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses”, *Arb. Int.*, 2006, pp. 133-149; A. LÓPEZ DE ARGUMEDO / C. BALMASEDA, “La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa”, *Diario La Ley*, 25.2.2014.

⁹⁶ *Cour de cassation* de 26 de septiembre de 2012, *Banque Rothschild* y *Cour de cassation* de 25 de marzo de 2015, *Danne Holding*.

⁹⁷ *Cour de cassation* de 7 de octubre de 2015, *eBizzuss*.

⁹⁸ STJUE de 20 de abril de 2016, C-366/13, *Profit*.

⁹⁹ *BGH* de 24 de septiembre de 1998 – III ZR 133/97, *NJW*, 1999, pp. 282-283.

¹⁰⁰ *OLG Bremen* de 28 de junio de 2006, *SchiedsVZ*, 2007, pp. 51-52. Sobre la jurisprudencia alemana sobre este particular, *vid.*, K. BÄLZ / P. STOMPFE, “Asymmetrische Streitbeilegungsklauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen”, *SchiedsVZ*, 2017, pp. 157-164.

Cláusulas híbridas y Reglamento Bruselas I *refundido*. Es sabido que el Reglamento Bruselas I *refundido* excluye de su ámbito de aplicación material el arbitraje (*ex art. 1*). Esta exclusión afecta, por tanto, al convenio arbitral¹⁰¹. Sin embargo, es sabido también que la cláusula de sumisión expresa está materialmente regulada en el mismo texto (art. 25, *Prórroga de competencia*). Así las cosas, no está claro si el Reglamento es o no aplicable para determinar la validez formal de una cláusula híbrida que prevé indistintamente la sumisión a arbitraje o jurisdicción. A mi juicio, en virtud del *efecto útil* que informa al Reglamento, estas cláusulas deberían quedar incluidas en el ámbito de aplicación material del texto. Se trataría, por tanto, de “atraer” al ámbito de aplicación del Reglamento una materia en principio excluida del mismo –el convenio arbitral– para evitar que una materia incluida –la cláusula de sumisión a tribunales– quedara excluida por el mero hecho de que la cláusula contenga también una sumisión alternativa a arbitraje. El mismo razonamiento sería válido *mutatis mutandis* cuando sólo uno de los tribunales designados en la cláusula fuera el de un Estado miembro.

50. Limitándonos ahora al contexto de la cláusula híbrida –simétrica o asimétrica– que prevea, indistintamente, la sumisión a tribunales o arbitraje, cabe señalar lo siguiente: si la cláusula determina expresamente la competencia de un tribunal español y la sede del arbitraje en cualquier lugar extranjero (no necesariamente UE), debería considerarse válida en aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*, en tanto que dicha cláusula –consentida– cumple los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica que el TJUE reclama para las cláusulas de jurisdicción¹⁰². El hecho de que sólo una de las partes pueda activar dicha bifurcación no modifica la conclusión anterior: seguridad jurídica y previsibilidad son constatables y no puede afirmarse que se dé una quiebra del “principio de igualdad de armas”. Si, por el contrario, la cláusula en cuestión prevé la jurisdicción de un tribunal extranjero no miembro de la UE y la sede del arbitraje en España, la validez de la misma –presumiendo el consentimiento– se deduce por aplicación del 22 ter 4 LOPJ en relación con el artículo 9 LA.

VIII. Convenio arbitral y mediación: cláusulas escalación

51. También cada vez con mayor frecuencia –sobre todo, en la litigación internacional–, las partes acuerdan dotarse de un régimen procesal caracterizado por prever una transición entre una primera fase de cooperación y una posterior de confrontación. Este régimen se regula en las comúnmente denominadas cláusulas *escalación*: cláusulas contractuales, en cuya virtud, la resolución de cualquier conflicto entre las partes debe acometerse de forma gradual; culminando distintas fases –o escalones–. Empezando por una primera fase de negociación (mediación) y, llegado el caso, terminando en una fase de confrontación (arbitraje). Dependiendo del tenor de la cláusula, lo anterior implica en la práctica que las partes sólo podrán plantear la vía arbitral cuando, previamente, hayan intentado o agotado el cauce de la mediación¹⁰³.

52. Las cláusulas *escalación* –en sentido amplio– se insertan tanto en contratos celebrados entre operadores económicos como en convenios internacionales, tales como los *Acuerdos para la promoción y la protección recíprocas de inversiones entre Estados* (comúnmente denominados APPRI). Así, por

¹⁰¹ Sobre esta cuestión, con todo detenimiento, M. GÓMEZ JENE, “Artículo 1”, en: PERÉZ-LLORCA, *Comentario al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi, 2016, pp. 71-86.

¹⁰² Recuérdese que el artículo 25 citado es de aplicación cuando el tribunal designado en la cláusula sea el de un Estado miembro; con independencia de que una o ambas partes residan fuera de la UE.

¹⁰³ Sobre las “cláusulas escalación”, véase: M. PRYLES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *J. Int. Arb.*, 2001, pp. 159-176; J. LEW / L. MISTELLIS / S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, 2003, pp. 182-185; K. P. BERGER, “Rechtsprobleme vom Eskalationsklauseln”, en: *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zu Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2005, pp. 19-35; *Idem*, “Law and Practice of Escalation Clause”, *Arbitration International*, 2006, pp. 1-17; P. TÖCHTERMANN, “Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution”, *Rev. dr. unif.*, 2008, pp. 685-712; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *CDT*, 2017, pp. 99-124.

ejemplo, el artículo IX del APPRI hispano-argentino¹⁰⁴, titulado *Solución de controversias entre partes contratantes*, establece:

Cualquier controversia entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por medios diplomáticos.

Si el conflicto no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones será sometido, a petición de cualquiera de las dos partes, a un Tribunal de Arbitraje.

En el ámbito de la contratación internacional, un ejemplo de cláusula *escalación* es el siguiente:

In the event any dispute 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 fifteen (15) days, the parties shall use their best good faith efforts to agree, within a further ten (10) day period, upon an appropriate method of non-judicial dispute resolution, including mediation or arbitration. In the event the parties shall decide that any disputed matters shall be resolved by arbitration, such arbitral proceedings shall be governed by the ICC Rules of Arbitration and by the provisions set forth in subsection 2 of this article¹⁰⁵.

53. Dependiendo del tenor literal de la cláusula, pueden distinguirse dos tipos de cláusulas *escalación*: por un lado, aquellas que imponen una transición desde la mediación al arbitraje (cláusulas *escalación obligatorias*) y, por otro, aquellas que *no* imponen esa transición, sino que únicamente contemplan la posibilidad de someterse a mediación antes que al arbitraje (cláusulas *escalación facultativas*). Ambas plantean cuestiones distintas; o, cuanto menos, cuestiones cuya solución debe ser matizada a la luz de esa obligatoriedad. De ahí la conveniencia de su estudio por separado.

1. Cláusula *escalación facultativa*

54. Desde el momento en que la transición entre mediación y arbitraje se concibe como un mero trámite optativo *—mere right to comply—* dejan automáticamente de plantearse cuestiones de capital relevancia en el ámbito de la *escalación obligatoria*. En efecto, cuestiones como la relativa a la concreción del cauce procesal que debe invocarse cuando una de las partes inicia directamente la vía arbitral sin someterse a la mediación; como la relativa a lo que debe entenderse por “intento obligado” de mediación; o como la relativa a las consecuencias que se derivan del incumplimiento del plazo fijado para llevar a cabo la misma, no se plantean en el ámbito de *escalación facultativa*.

55. En el contexto de la *escalación facultativa* basta, por tanto, con que una de las partes inicie el arbitraje para constatar una renuncia tácita a la mediación; renuncia tácita *unilateral* que pone fin a la misma. Cuestión *—aparentemente—* distinta es la que se plantea cuando una parte inicia la mediación antes que el arbitraje. En este escenario, la eficacia de esa sumisión a mediación dependerá del comportamiento de la contraparte. Así, si esta última decide no comparecer a la mediación, deberá entenderse que la vía arbitral queda expedita. Es decir, la falta de voluntariedad y cooperación para iniciar la mediación es suficiente como para considerar este cauce como superado¹⁰⁶. Pero aún más, pues incluso el

¹⁰⁴ *Acuerdo para la promoción y la protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina* (BOE núm. 277, 18.11.1992).

¹⁰⁵ Tomo el ejemplo de: K. P. BERGER, “Rechtsprobleme...”, *cit.*, p. 22.

¹⁰⁶ Artículo 6.3 de la Ley 5/2012: *Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.* Desde la perspectiva de la mediación internacional, el artículo 8.1 b) del *Reglamento de Mediación de la CCI* (en vigor desde 1.1.2014) establece: *Un Procedimiento que se haya iniciado conforme al Reglamento concluirá mediante una confirmación por escrito del Centro a las partes cuando alguna de las circunstancias siguientes ocurra en primer término: b) que alguna de las partes notifique por escrito al Mediador; en cualquier instante posterior a la recepción de la nota del Mediador conforme al Artículo 7(2), que dicha parte ha decidido no proseguir con la mediación.* Por su parte, el artículo 11 de la *Ley Modelo UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional* (2002) establece. *El procedimiento de conciliación se dará por terminado: c) Al hacer las partes al conciliador una de declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración.*

sometimiento inicial de la contraparte a mediación no impedirá una renuncia a la misma en cualquier momento posterior. Desde esta perspectiva –se afirma– las partes pueden utilizar el cauce de la cláusula facultativa para diseñar su propia estrategia procesal, pues indirectamente deciden en qué momento concreto quieren someterse al arbitraje¹⁰⁷.

2. Cláusula *escalación* obligatoria

56. Cuando la cláusula *escalación* contempla un escenario de obligada transición desde la mediación al arbitraje –*obligation to comply*– las cuestiones anteriormente planteadas adquieren mayor relevancia¹⁰⁸. Así, respecto de la concreción del cauce procesal que debe invocarse cuando una de las partes inicia directamente la vía arbitral sin someterse a la obligada mediación, cabe señalar lo siguiente. De entrada, que en perspectiva de DIPr., la ley que regula esta cuestión es la *lex loci arbitri* (ley del lugar donde se celebra el arbitraje). Será en consecuencia esta ley la que disponga cómo debe actuar el árbitro cuando una de las partes alegue la infracción en cuestión.

En aplicación de la LA española –aplicable si el arbitraje se celebra en España– el árbitro deberá estar a lo establecido en el artículo 22 LA. En su virtud, es claro que el árbitro es competente para conocer de esta cuestión¹⁰⁹: *Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*. Procesalmente, la parte que quiera hacer valer esta excepción deberá hacerlo tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales; a más tardar, en el momento de presentar la contestación (art. 22.2 LA). Si ninguna parte hace valer la excepción en el momento procesal señalado, se entenderá que renuncia a la mediación y, consecuentemente, a la alegación de esta cuestión en una hipotética impugnación del futuro laudo (art. 6 LA).

57. En cualquier caso, al hacerse valer el cauce de la mediación, el árbitro debe declararse incompetente hasta que aquélla, cuanto menos, se intente. Esta es la solución que las legislaciones más experimentadas en materia de mediación (como la británica) prevén. Así, la *Section 9 (2)* de la *Arbitration Act 1996* británica establece: *An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures*.

La jurisprudencia comparada también se decanta por adoptar esta solución. Así, tanto el Tribunal Supremo alemán¹¹⁰ como la Corte de casación francesa¹¹¹ han declarado en este contexto la incompetencia temporal del árbitro –o juez–. La misma conclusión ha alcanzado la jurisprudencia suiza, pues si bien en un primer momento el Tribunal Federal adoptó un criterio contrario¹¹², en sus sentencias más recientes ha reconocido la eficacia de una cláusula *escalación* que preveía la sumisión obligatoria a mediación¹¹³.

Del mismo modo, la doctrina comparada participa mayoritariamente del criterio establecido tanto por la *Arbitration Act* británica como por los Altos Tribunales citados¹¹⁴. Y es lógico que así sea. No aceptar aquella interpretación supone tanto como vulnerar los principios de autonomía de la voluntad de las partes y *pacta sunt servanda*. Si las partes acordaron libremente conceder una oportunidad al cauce de la mediación antes que iniciar cualquier otro cauce de confrontación (ya sea arbitraje o jurisdicción), así deberá procederse. No respetar ese cauce supondría tanto como un incumplimiento del acuerdo pactado.

¹⁰⁷ Con más referencias, K. P. BERGER, “Rechtsprobleme...”, *cit.*, p. 22.

¹⁰⁸ Como ejemplo de las numerosas cuestiones que plantean este tipo de cláusulas, *vid.* un exhaustivo análisis jurisprudencial en, M. PRYLES, “Multi-Tiered...”, *cit.*, pp. 161-175. *Vid.* también, P. TOCHTERMANN, “Agreements to Negotiate...”, *cit.*, pp. 688-710.

¹⁰⁹ De hecho, sólo el árbitro es competente para conocer de esta cuestión. El artículo 7 LA (titulado, *Intervención judicial*) excluye la competencia del juez en este contexto.

¹¹⁰ *Bundesgerichtshof* de 18 de noviembre de 1998, (VII ZR 344/97), *NJW*, 1999, pp. 647-650.

¹¹¹ *Cour de cassation* de 6 de julio de 2000, *Rev. Arb.*, 2001, p. 750 (con nota de C. JARROSON).

¹¹² *Kassationsgericht Zürich* de 15 de marzo de 1999, *ASA Bull.*, 2002, pp. 373-376 (con nota crítica de N. VOSER, pp. 376-381).

¹¹³ *Tribunal Federal* de 6 de junio de 2007, 4A_18/2007; *Tribunal Federal* de 16 de marzo de 2016, 4A_628/2015. www.bger.ch

¹¹⁴ Además de C. JARROSON / N. VOSER citados en las dos notas anteriores, *vid.* K. P. BERGER, “Rechtsprobleme...”, *cit.*, pp. 25-27 (con más referencias jurisprudenciales).

58. En consecuencia, si las partes pactaron una cláusula *escalación* obligatoria, la mediación deberá intentarse. Tal intento no debe considerarse incompatible con la voluntariedad que caracteriza a la mediación: el hecho de que deba intentarse, no impide que en cualquier momento posterior las partes puedan desvincularse¹¹⁵. Lo que debe entenderse por “intento” en este contexto no es una cooperación inmediata y directa entre las partes, sino la participación en un proceso del que podrá –o no– surgir esa cooperación¹¹⁶.

59. La siguiente cuestión que esta primera conclusión plantea –obligatoriedad de iniciarse la mediación– es la que gira en torno al momento procesal a partir del cual puede entenderse que la mediación ha sido, cuanto menos, intentada. La cuestión reviste su importancia pues, salvo que las partes hayan establecido otra cosa, se entenderá que tras el intento –fallido– de mediación podrá iniciarse el arbitraje: las partes se sometieron a mediación (como preveía la cláusula), pero, “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo” (art. 6.3 Ley de Mediación¹¹⁷).

El momento procesal a partir del cual se entiende que el procedimiento de mediación se ha iniciado es –en nuestro ordenamiento jurídico– el previsto en el artículo 16 de la Ley de Mediación; esto es, el momento en que, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula, una parte *solicita* el inicio de la misma. En caso de sometimiento a una institución, ese momento será el previsto en su reglamento¹¹⁸. Debe insistirse, no obstante, en la relevancia de lo que las partes hayan podido pactar a este respecto, pues es habitual que estas cláusulas establezcan un periodo mínimo de negociación o mediación.

60. Si la cláusula *escalación* prevé un plazo para intentar la mediación, es evidente que dicho plazo deberá respetarse. Si una de las partes acude al arbitraje sin que el plazo estipulado se hubiera agotado, la parte interesada podrá, en los términos descritos anteriormente, invocar ante el árbitro su –todavía– falta de competencia.

61. Desde la perspectiva del árbitro, la cláusula *escalación* obligatoria también tiene su importancia, pues no en vano es de esta misma cláusula de donde emerge su competencia. Por ello, en el examen de su propia competencia, el árbitro debe comprobar que los distintos estadios previstos en esa cláusula han sido culminados. Todo ello en los términos hasta ahora descritos: en defecto de especificación expresa, bastará con que constate que entre las partes hubo, cuanto menos, un “intento” de mediación. La no observancia por el árbitro de las etapas –o fases– establecidas en la cláusula conduce irremisiblemente a la anulación del laudo. Así ha sido expresamente reconocido en la jurisprudencia comparada¹¹⁹.

IX. Un supuesto especial: la regulación del convenio arbitral en la Ley de Navegación Marítima (art. 468 LNM)

62. El artículo 468 de la *Ley de Navegación Marítima*¹²⁰ (LNM), titulado *Cláusulas de jurisdicción y arbitraje* dispone:

Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

¹¹⁵ A no ser, claro está, que la cláusula establezca otra cosa.

¹¹⁶ Ya en este sentido, con apoyo en la jurisprudencia comparada, K. P. BERGER, “Rechtsprobleme...”, *cit.*, p. 32.

¹¹⁷ *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, BOE núm. 162, 7.7.2012.

¹¹⁸ Así, por ejemplo, el *Reglamento de Mediación de la CCI* establece dos momentos distintos de inicio, dependiendo de que exista o no acuerdo entre las partes para someterse al Reglamento (arts. 2 y 3).

¹¹⁹ *Tribunal Federal* suizo de 16 de mayo de 2011, 4A_46/2011, *ASA Bull.*, 2011, pp. 643-665. En sentido similar, anulando un laudo de jurisdicción y suspendiendo el procedimiento arbitral hasta que la mediación fuera intentada, *Tribunal Federal*, 16.3.2016, 4A_628/2015.

¹²⁰ BOE núm. 180, de 25.7.2014.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

63. Limitando ahora el alcance de este precepto al ámbito del arbitraje comercial internacional¹²¹, cabe señalar lo siguiente. En perspectiva de DIPr., el tenor de la norma es –cuanto menos– llamativo. Y es que, lejos de plantear la cuestión de la validez del convenio arbitral desde la perspectiva del *reconocimiento* –estableciendo las condiciones que establece como condiciones necesarias para que puedan desplegar efectos en España–, parece imponer una forma de consentimiento –negociación individual y separada– para que tal convenio pueda considerarse válido. Además, una lectura *a sensu contrario* del citado artículo lleva a interpretar que aquellos convenios arbitrales que designen algún lugar español como sede del arbitraje están excluidos de su ámbito de aplicación material. Es decir, que la *negociación separada* como requisito necesario para que el convenio arbitral que designe sede en el extranjero se considere válido, no es exigible cuando ese mismo convenio prevea un arbitraje con sede en España.

64. Sea como fuere, y por lo que a los efectos de la validez del convenio arbitral se refiere, debe quedar claro que la aplicación de este precepto debe ser, sencillamente, nula; es decir, no debe aplicarse *nunca*. En efecto, no ha tenido en cuenta el legislador que el reconocimiento del convenio arbitral es una cuestión regulada en el CNY; un texto –recuérdese– que tiene eficacia *erga omnes*. Tal eficacia supone que el CNY se aplica siempre al reconocimiento del convenio arbitral, lo que a su vez supone que la referencia hecha al convenio arbitral en el tenor del artículo 468 LNM sea totalmente redundante. En concreto, el *consentimiento* como condición de eficacia del convenio arbitral (su *existencia*, en definitiva) así como su *validez formal* son cuestiones reguladas, en principio, por el artículo II CNY (*supra* I).

65. Ni siquiera una hipotética aplicación del artículo VII CNY permite alcanzar otra solución. Como hemos señalado (*supra* I), el citado precepto actúa como una suerte de “pasarela” para, en su virtud, aplicar al reconocimiento del convenio o del laudo arbitral una norma más favorable. Sin embargo, en la medida en que el artículo 468 LNM no es una norma que favorezca el reconocimiento del convenio arbitral (antes al contrario, lo entorpece decididamente al imponer unos requisitos formales muy estrictos), aplicar el artículo VII CNY para justificar el *no* reconocimiento de un convenio arbitral por no cumplir los requisitos de forma impuesta por la norma interna (art. 468 LNM) no es una opción posible. Ni invocando el adagio *lex posterior derogat anterior*, ni invocando el carácter de *lex specialis* del artículo 468 LNM. Ello es así porque la norma convencional sólo permite aplicar el artículo VII CNY cuando la remisión al precepto del ordenamiento interno facilite –que no dificulte– el reconocimiento del convenio. Es decir, lo que el artículo VII pretende es que, en su aplicación, se reconozcan convenios arbitrales –o laudos arbitrales– que en aplicación estricta del CNY no serían reconocibles. Y no al contrario. Invocar el artículo VII CNY para, en su virtud, aplicar una norma como el artículo 468 LNM, sería tanto como ir contra la misma *ratio* del CNY, cual es favorecer el reconocimiento de convenios y laudos arbitrales. En consecuencia, permitir la aplicación del artículo VII CNY para aplicar el artículo 468 LNM sería tanto como incumplir una obligación internacional.

Lo que por el contrario sí está en línea con la finalidad del CNY es aplicar el artículo VII CNY –incluso de oficio¹²²– para, en su virtud, llegar a la aplicación del artículo 9 LA, pues, como hemos apuntado anteriormente, esta norma rebaja los requisitos formales que debe reunir el convenio arbitral para considerarse válido.

66. El razonamiento así expuesto conduce a afirmar que, pese al nuevo artículo 468 LNM, el precepto realmente aplicable para determinar la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de

¹²¹ Sobre el efecto de este artículo sobre las cláusulas de sumisión a tribunales, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *CDT*, 2014, pp. 112-129.

¹²² Como así lo hacen, entre otros, los tribunales franceses (como último referente importante *vid.* *Cour d’appel* de París de 4 de diciembre de 2002, *Rev. Arb.*, 2003, pp. 1286-1289, con nota de E. GAILLARD) y los tribunales alemanes: *BGH* (Tribunal Supremo), *Beschluß* del 25 de septiembre de 2003 – III ZB 68/02, *IHR* 6/2003, pp. 298-299.

utilización de buque o en un *contrato auxiliar de la navegación* es el artículo 9 LA. En efecto, en la medida en que la regulación del convenio en la nueva LA está inspirada en el principio *favor negotii* y en la medida también en que el mismo artículo V.1 a/ CNY remite al artículo II CNY para determinar la validez formal del convenio arbitral, la interpretación más coherente pasa por aceptar una remisión al artículo 9 LA para determinar la validez formal del mismo.

67. Lo anterior en el contexto de la LNM significa lo siguiente: el laudo resultante del arbitraje iniciado en virtud del convenio arbitral contenido en un contrato –por ejemplo, auxiliar de la navegación–, podrá ser reconocido en más de ciento cincuenta Estados (firmantes del CNY). Muchos de los tribunales de los Estados en los que dicho reconocimiento puede invocarse, aceptan expresamente la validez del convenio arbitral inserto en un contrato de este tipo; es decir, aceptan expresamente la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en documentos gestionados por terceros. Tal es la interpretación hecha por el TS (*supra* III) y tal es también la interpretación hecha en otras latitudes¹²³.

La jurisprudencia del Reino Unido –tan paradigmática como relevante en este ámbito– no arroja la menor duda al respecto. Así, en su sentencia *National Navigation v. Endesa*¹²⁴ la *High Court* estableció, respecto de la validez del convenio arbitral inserto en un conocimiento de embarque, que: “*it is well established that where a the bill of lading purports to incorporate a charter, but fails to identify its date or other details of the charter concerned, that is not fatal to the incorporation of the charter if it can be otherwise be properly identified*”.

68. Por otro lado, cabe pensar que quien pretenda hacer valer el artículo 468 LNM para invalidar la eficacia de un convenio arbitral –válido en aplicación del artículo 9 LA– podría, *prima facie*, o bien instar el *no* reconocimiento del laudo, o bien plantear una demanda ante los tribunales españoles (*ex art.* 469 LNM). Bien mirado, sin embargo, esta estrategia procesal tiene, al menos teóricamente, poco recorrido. En efecto, partiendo de la base de que –a mi juicio– el artículo 468 LNM no debe considerarse como una norma imperativa, el reconocimiento del laudo no podrá denegarse por este motivo. O dicho de otro modo, la aplicación de la cláusula de *orden público* (artículo V CNY) no procede en este contexto. Y si, por el contrario, los jueces españoles consideran que sí procede dicha calificación y, en consecuencia, deniegan el exequátur del laudo, todavía podrá instarse el mismo exequátur ante cualquier otra jurisdicción que acepte la validez del convenio arbitral no negociado separadamente.

69. Por fin, plantear una demanda ante los tribunales españoles, ya sea antes o después de que se inicie el arbitraje previsto en el convenio, tampoco resuelve problema alguno. En estos supuestos, los árbitros se amparan en el principio universalmente aceptado de *Kompetenz-kompetenz* para, en su virtud, iniciar o proseguir un arbitraje por más que una de las partes haya –o vaya a– desistir del mismo para personarse ante la jurisdicción.

70. Como conclusión de lo hasta aquí dicho, resulta que, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, el artículo 468 LNM no puede aplicarse. Ello es así porque el reconocimiento del convenio arbitral está regulado por el CNY. Y tal y como ha establecido el TS en su jurisprudencia, el *consentimiento* –entendido como condición de eficacia o existencia del convenio arbitral– es una cuestión regulada por el mismo precepto. Por otro lado, en aplicación del artículo VII CNY, para reconocer un convenio arbitral puede aplicarse el artículo 9 LA, pero no el artículo 468 LNM.

¹²³ También es el criterio jurisprudencial aceptado en Australia. En este sentido, *vid.* N. GASKELL, “Australian recognition and enforcement of foreign charter party arbitration clauses”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, [2014] LMC-LQ, Mayo 2014, pp. 174-182.

¹²⁴ *National Navigation Co v. Endesa Generación SA* de 1 de abril de 2009, *High Court of Justice, Queen’s Bench Division*, [2009] EWHC 196 (Comm). www.bailii.org

X. Convenio arbitral e insolvencia de una parte (*impecuniosity*)

71. Resulta especialmente controvertido determinar si el convenio arbitral deviene ineficaz –o sin valor– cuando las partes implicadas –o una de ellas– sean económicamente insolventes. En la jurisprudencia –tanto interna como comparada– la cuestión ha sido matizada, entendiéndose que únicamente la voluntad de la parte solvente de asumir los costes del arbitraje puede salvar dicha eficacia¹²⁵. Sin embargo, si la parte solvente no está en disposición de cubrir también los honorarios de los letrados de la contraparte y la participación de éstos se reputa necesaria –*ad. ex.* por la dificultad de la controversia–, se ha estimado que el convenio arbitral debe perder su eficacia¹²⁶.

La jurisprudencia francesa ha matizado el alcance de la situación de insolvencia del demandado en el arbitraje. En este sentido, la *Cour de cassation* ha sentenciado que, el hecho de que el demandado en el arbitraje no pueda satisfacer los costes del arbitraje, no puede suponer a que a éste se le prive de su derecho de reconvencción en el seno del mismo. Para la *Cour*, la demanda reconvenccional es *indisociable* de la demanda principal y, en consecuencia, queda comprendida en el derecho fundamental de acceso a la justicia e igualdad entre las partes¹²⁷.

XI. Convenio arbitral y renuncia tácita a las facultades de impugnación

72. En relación también con el ámbito de aplicación del artículo 9 LA, debe tenerse muy presente la relevancia del artículo 6 LA en este contexto –*renuncia tácita a las facultades de impugnación*–; pues, en su virtud, para basar la acción de anulación del laudo en la invalidez formal del convenio arbitral, es necesario que previamente dicha invalidez haya sido planteada ante el colegio arbitral¹²⁸.

XII. Convenio arbitral y demanda sobre el fondo ante un tribunal judicial

73. Si pese a la existencia de un convenio arbitral válido, una de las partes plantea una demanda sobre el fondo ante la jurisdicción y la parte demandada responde a la misma sin excepcionar mediante declinatoria la existencia del convenio arbitral, se entenderá que ambas partes renuncian al arbitraje. El juez, aun apreciando la existencia y validez del convenio, no puede remitir a las partes al arbitraje. El TS ha sido tajante a este respecto:

*La cláusula de sumisión a arbitraje no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante*¹²⁹.

Esta interpretación es, por lo demás, perfectamente coherente con la idea en virtud de la cual la competencia del árbitro no nace con la misma firma del convenio arbitral. En efecto, dicha competencia nace en un momento posterior, cual es el de la incoación del arbitraje (*receptum arbitri*)¹³⁰.

1. Efecto *positivo* y *negativo* del convenio arbitral

74. Como es bien sabido, el convenio arbitral produce los denominados efectos *positivo* y *negativo*.

¹²⁵ En la jurisprudencia española *vid.* Auto AP de Barcelona de 29 de abril de 2009, EDJ 2009/260256; *SAR*, 9/2010, pp. 136-137 (con nota de M. GÓMEZ JENE).

¹²⁶ Así, *BGH* (Tribunal Supremo alemán) de 14 de septiembre de 2000 – III ZR 33/00. Sobre esta cuestión, con todo detenimiento y con un estudio de derecho comparado, *vid.* GERMAN INSTITUTION OF ARBITRATION (Ed.), *Financial Capacity of the Parties*, Frankfurt am M., 2004.

¹²⁷ *Cour de cassation* de 28 de marzo de 2013, *Pirelli*, *Pourvoi* n° 11-27770.

¹²⁸ Y concretamente, en el momento de presentar la contestación a la demanda (art. 22.2 LA).

¹²⁹ STS de 11 de febrero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1669.

¹³⁰ M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Madrid, Civitas, 2010, p. 72.

75. El efecto *positivo* del convenio arbitral está regulado en el artículo II. 3 CNY y en el artículo 11.1 LA (inspirado en el artículo 8 LM).

Artículo II.3 CNY: *El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo [un convenio arbitral], remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable.*

Artículo 11 (1 y 2) LA: *1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda.*

2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

Artículo 8 LM: *El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.*

76. El efecto *positivo* del convenio arbitral –consagrado en las tres normas citadas– no es otra cosa que la perspectiva o manifestación procesal del principio *pacta sunt servanda* (art. 1091 del Cc): el convenio arbitral es ley entre las partes y las obliga a cumplir lo “procesalmente” estipulado¹³¹. Siendo esto así, la interrogante que este efecto plantea es la de determinar si efectivamente de la firma del convenio arbitral dimana alguna obligación *stricto sensu* para las partes.

La respuesta a esta cuestión sólo puede ser positiva. En efecto, la obligación principal que deriva para las partes como consecuencia de la firma del convenio es una obligación *negativa* consistente precisamente en no plantear ante la jurisdicción lo que –mediante convenio arbitral– quedó comprometido para la vía arbitral. Y así, si las partes acordaron dirimir sus conflictos mediante arbitraje, cumplir *lo estipulado* equivale a no acudir a la vía jurisdiccional¹³².

77. El efecto *negativo* del convenio arbitral refleja, por su parte, la eficacia excluyente de la jurisdicción que tiene el convenio arbitral. Este efecto del convenio arbitral supone que los tribunales deben abstenerse de conocer de las controversias que quedan cubiertas por el convenio arbitral. En principio, el efecto negativo se manifiesta cuando alguna de las partes lo hace valer ante la jurisdicción.

78. El tratamiento procesal que el ordenamiento jurídico española prevé para hacer valer la función negativa del convenio arbitral es el de la *declinatoria*. En el derecho convencional, la declinatoria está regulada en el artículo VI.1 y 3 CG. En el derecho de fuente interna, la declinatoria está regulada en los artículos 11 LA y 63 ss. LEC. En ambas regulaciones, la declinatoria exige la comparecencia y propuesta del demandado para hacer valer la eficacia del convenio arbitral.

Artículo VI. 1 y 3 CG: *1. Toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo.*

3. Si una de las partes de un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del

¹³¹ Por todos, D. ARIAS LOZANO, “Artículo 11”, en: D. ARIAS LOZANO (Coor.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, 2005, p. 102.

¹³² *Ibid.*

tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma.

Los artículos 63 y 64 LEC (que conforman el Capítulo III) regulan el contenido de la declinatoria, la legitimación para proponerla, el tribunal competente para conocer de ella, el momento procesal de su proposición y sus efectos inmediatos. No obstante, el artículo 11 LA (*supra*) prevé una regulación especial tanto en lo que se refiere a la legitimación, el momento de su proposición y sus efectos inmediatos.

Artículo 63.1 LEC: *Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores.*

79. En consecuencia, presentada una demanda ante los tribunales de justicia sobre un asunto sometido a arbitraje, la parte demandada deberá, dentro de los diez primeros días para responder a la demanda, hacer uso de este instituto procesal para conseguir la abstención del tribunal. A partir de este momento procesal, la actuación de los tribunales de justicia puede ser distinta según sea o no de aplicación el régimen convencional (según sea o no de aplicación el artículo VI CG) y según se haya iniciado o no el arbitraje en otro Estado parte. Y así, si al supuesto en cuestión le es de aplicación el CG (por tratarse de un arbitraje internacional cuyas partes tienen su residencia o sede en Estados parte) y, además, en el momento de plantearse la declinatoria ante los tribunales españoles ya estaba iniciado un arbitraje en otro Estado miembro, el tribunal español *deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma* (art. VI.3 CG).

80. Esta solución basada en un criterio *temporal* no está prevista en la LA, de tal forma que –aunque deseable– la decisión que adopten los tribunales españoles al respecto (diferir o no el juicio sobre la validez del convenio) no tiene, en principio, por qué extenderse a todo arbitraje internacional: solo afecta a arbitrajes entre partes con residencia o sede en Estados contratantes del CG. No obstante ello, existe una encomiable jurisprudencia que ha extendido esta solución a supuestos en los que el CG no era de aplicación.

Paradigmático, Auto AP de Madrid de 5.5.2010¹³³: *Una vez iniciado el procedimiento arbitral, ha de ser en su seno donde se debata y resuelva sobre la existencia de la cláusula arbitral y su validez; por ello si, como acontece en el presente supuesto, una vez iniciado el procedimiento arbitral se formula demanda, no cabrá resolver sobre la existencia o inexistencia de la cláusula arbitral en el proceso judicial...*

Esta saludable extensión del criterio temporal es, a mi juicio, compatible con la reciente jurisprudencia del TS a favor de la “tesis débil” del principio de *kompetenz-kompetenz*; tesis, en cuya virtud, el enjuiciamiento sobre la validez del convenio arbitral en sede de declinatoria debe ser completo y no meramente superficial¹³⁴. En efecto, si bien se lee, la sentencia del TS que confirma la “tesis débil” del citado principio distingue implícitamente entre dos supuestos: (i) aquel en el que se demanda en primer lugar ante la jurisdicción (*Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio ya iniciado...*¹³⁵); y, (ii) aquel en el que se inicia en primer lugar el arbitraje (*Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral...*¹³⁶). De tal forma que, en el contexto del primer supuesto, el juez debe realizar un análisis riguroso de la validez del convenio; mientras que en el contexto del segundo supuesto, el juez no deberá resolver la cuestión; el juez simplemente deberá remitir a las partes al arbitraje: *... si se ha iniciado un procedimiento arbitral... los árbitros... son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede*

¹³³ Auto AP de Madrid (Sec. 12ª), núm. 320/2010, de 5 de mayo de 2010, *Arbitraje*, 2011 (1), pp. 266-270 (con nota de E. ARTUCH IRIBERRI).

¹³⁴ STS de 27 de junio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2500.

¹³⁵ Numeral 3 de la sentencia.

¹³⁶ Numeral 7 de la sentencia.

*ser revisada mediante la acción de anulación...*¹³⁷. En este supuesto de arbitraje *ya* iniciado, el control de la validez del convenio se realiza *ex post*; en sede de anulación.

81. En un *contexto interno* (demanda presentada ante tribunales españoles y arbitraje con sede en España), el hecho de que el TS haya acogido la tesis débil del principio *kompetenz-kompetenz* tiene, a mi juicio, una consecuencia clara: la resolución judicial (*auto*) negando la validez del convenio, una vez firme, tiene efectos de cosa juzgada¹³⁸ y, por tanto, los árbitros deberán quedar vinculados a la misma. Téngase en cuenta, por lo que respecta a la firmeza de tal resolución, que frente al *auto* que *desestima* la declinatoria (el juez aprecia la invalidez del convenio) solo cabe recurso de reposición (art. 66.2 LEC). Por el contrario, frente al *auto* que *estima* la declinatoria (el juez aprecia la validez del convenio y, en consecuencia, se abstiene de enjuiciar sobre el fondo) cabrá recurso de apelación (art. 66.1 LEC). Sin embargo, frente al *auto* de la Audiencia resolviendo el *auto* estimatorio no cabe ni recurso de casación ni recurso extraordinario por infracción procesal¹³⁹.

82. En un *contexto internacional* (demanda presentada ante tribunales españoles y arbitraje con sede en el extranjero), el juicio *negativo* sobre la validez del convenio en sede de *declinatoria* tiene una importancia relativa. De entrada, porque esa resolución que declara la validez o invalidez del convenio no puede reconocerse en un Estado miembro de la UE en aplicación del Reglamento Bruselas I *refundido*¹⁴⁰. Y además, porque la jurisprudencia de muchos Estados relevantes en materia de arbitraje internacional ha elevado a rango de auténtico principio general el principio de *Kompetenz-kompetenz*. De tal forma que, la resolución judicial –de ordinario negando la validez del convenio arbitral– no será reconocida en esos Estados y, en consecuencia, no afectará para nada al juicio que los árbitros hagan sobre la validez del mismo. Es cierto que esa resolución negando la validez del convenio garantiza una posterior denegación del exequátur del laudo arbitral en España, pues la existencia de una resolución judicial dictada en el foro inconciliable con el laudo, constituye motivo de denegación del mismo. Pero no lo es menos que tal solución solo es válida para un operador que exclusivamente opere en este país. Si opera en otros Estados, tendrá que sopesar las posibilidades de que el laudo despliegue su eficacia allí donde opere.

2. Incumplimiento del convenio arbitral: responsabilidad

83. El artículo 11.1 LA establece que el *convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado*. Como ha sido advertido¹⁴¹, tal tenor plantea de inmediato la cuestión relativa a su alcance, pues no está claro si a partir del mismo las partes asumen únicamente facultades y cargas procesales o asumen también derechos y obligaciones. La calificación del convenio arbitral como *contrato procesal* (*supra* I) podría tener, al menos teóricamente, consecuencias directas sobre esta cuestión, pues, de llevar hasta sus últimas consecuencias los efectos de tal calificación, debería llegarse a la conclusión de que las partes, en virtud de la firma del convenio, solo asumen cargas y facultades, pero no derechos y obligaciones¹⁴².

84. No existe de momento jurisprudencia española sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento de un *convenio arbitral*; esto es, de las consecuencias que se derivan de acudir a la jurisdicción –de ordinario, extranjera– aun sabiendo de la existencia de un convenio arbitral válido (*ad*

¹³⁷ Numeral 7 de la sentencia.

¹³⁸ La cuestión relativa a si la resolución firme despliega o no efectos de cosa juzgada es controvertida en la doctrina. Sobre este particular, *vid.*, M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral...*, *cit.*, pp. 201-234.

¹³⁹ *Auto* TS de 19 de febrero de 2008, *Arbitraje*, 2009 (1), pp. 276-277. Para una crítica a este *auto*, *vid.*, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Régimen de recursos frente a las resoluciones sobre la eficacia excluyente de un convenio arbitral”, *Arbitraje*, 2009 (2), pp. 232-236.

¹⁴⁰ Expresamente en este sentido, el Considerando 12 del Reglamento. Sobre el alcance de este Considerando, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Artículo 1”, *cit.*, pp. 74-86.

¹⁴¹ M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio...*, *cit.*, pp. 81-82.

¹⁴² Para un exhaustivo análisis de las posturas doctrinales al respecto, *vid.* por todos, M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio...*, *cit.*, pp. 81-89.

ex. por tratarse de un convenio tipo). Sin embargo, sí existe jurisprudencia sobre las consecuencias que se derivan de plantear una demanda en un país extranjero cuando el contrato controvertido preveía una cláusula de sumisión a tribunales españoles (y a derecho español). Para el TS, tal proceder es un hecho generador de responsabilidad por incumplimiento contractual¹⁴³.

Debe matizarse, no obstante, que en el caso concreto el TS tuvo particularmente en cuenta dos circunstancias muy relevantes: (i) que los honorarios de los abogados no podían reclamarse por el cauce de las “costas procesales”, tal y como las regula el ordenamiento procesal española; y (ii), que la mala fe de la parte que demandó en el extranjero era manifiesta, por cuanto el contrato se regía por derecho español y, sin embargo, aquél pretendió la aplicación de unas “*punitive damages*” previstas en el ordenamiento estadounidense.

A la luz de esta jurisprudencia, sería concebible considerar que la mera interposición de una demanda ante un tribunal extranjero (aun previendo el contrato controvertido un convenio arbitral) es tanto como un hecho generador de responsabilidad por incumplimiento contractual. A mi juicio, sin embargo, para que tal responsabilidad pueda ser apreciada, deben concurrir en el supuesto una serie de circunstancias –no necesariamente de forma cumulativa–: que el tribunal ante el que se presente la demanda estime la *declinatoria* (aprecie la validez del convenio); que los honorarios de los abogados no puedan reclamarse por el cauce de las “costas”; y/o, cuando se aprecie mala fe del demandante (*ad ex.* por buscar la aplicación de penas de indemnización expresamente excluidas por las partes).

85. Por su parte, la jurisprudencia extranjera sí se ha enfrentado a esta cuestión, reconociendo implícitamente la posibilidad de que el convenio arbitral genere también derechos y obligaciones. Y así, un laudo arbitral en el que una de las partes es condenada, entre otras cosas, a pagar todos los gastos producidos a la contraparte como consecuencia de haber iniciado acciones judiciales sobre la misma cuestión ante un tribunal extranjero en violación de un convenio arbitral válido, ha sido confirmado –no anulado– por el Tribunal Federal suizo¹⁴⁴.

¹⁴³ STS, 12.1.2009, RJ 2009\544; *REDI*, 2009, pp. 225-227, (con nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ). *Vid.* también, E. TORRALBA MENDIOLA, “Sentencia de 12 de enero de 2009: Responsabilidad civil contractual; daños y perjuicios: Cláusula de sumisión al Derecho español y a tribunales españoles”, *CCJC*, 2009, núm. 81, pp. 1189 ss.; M. DE BENITO LLOPIS-LOMBART, *El convenio...*, *cit.*, pp. 89-94.

¹⁴⁴ TF, 26.10.2015, 4A_69/2015, *Bull ASA*, 2017, pp. 382-389.

PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS: ESPECIAL
REFERENCIA A LA RECIENTE DIRECTIVA (UE) 2016/97
SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS

PRIVATE INTERNATIONAL LAW PROBLEMS
OF THE INTERNATIONAL INSURANCE CONTRACTS:
THE NEW DIRECTIVE (UE) 2016/1997 ABOUT
DISTRIBUTION OF INSURANCE

HILDA AGUILAR GRIEDER

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Huelva

orcid ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 14.07.2017 / Aceptado: 08.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3863>

Resumen: El presente estudio analiza uno de los sectores jurídicos más complejos de la contratación internacional: el de los seguros; en el cual existe una amplia variedad de contratos. En concreto, en el mercado asegurador se vislumbra una dispersión en el tratamiento, tanto de los problemas de competencia judicial internacional, como de los de Derecho aplicable. El tratamiento ante estos problemas depende, muy especialmente, del tipo de contrato de que se trate.

Palabras clave: Unión Europea, Derecho Internacional Privado, contratos internacionales, contratación de seguros en el ámbito internacional.

Abstract: This study analyses one of the most difficult problems of the international contract law: the law applicable to the insurance contracts and other contracts involve in the insurance market. In the insurance field there are different types of contracts, and the conflict of law rules and law applicable is different for each kind of contract. This led to a fragmentation of the conflict of law solutions relating to insurance.

Keywords: European Union, Private International Law, international agreements, international insurance contracts.

Sumario: I. Problemas de Derecho internacional privado de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: consideraciones generales. 1. Heterogeneidad de contratos existentes en el sector asegurador. 2. Problemas de Derecho internacional privado en la contratación de seguros: presupuestos de partida. II. Problemas de ley aplicable de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: panorama normativo. 1. Marco normativo: amplia dispersión normativa. 2. La reciente Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros: alcance de sus novedades y futura transposición al ordenamiento jurídico español. III. Problemas de ley aplicable de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: cuestiones clave. 1. Intereses subyacentes detrás del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”. 2. Tratamiento conflictual diferente de los contratos internacionales existentes en el mercado asegurador. 3. La necesaria coordinación de las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros con el Reglamento “Roma I”: bases del problema.

I. Problemas de Derecho internacional privado de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: consideraciones generales

1. Heterogeneidad de contratos existentes en el sector asegurador

1. El presente trabajo tiene como objeto de estudio uno de los sectores jurídicos más complejos de la contratación internacional, de indudable relevancia y actualidad: el sector asegurador. En el mercado asegurador existe una tipología variada de contratos, tanto en el ámbito interno como en el internacional. A nuestro modo de ver, una de las características más destacadas del mercado asegurador es la heterogeneidad de las relaciones jurídicas existentes en el mismo; lo cual acarrea un plus de complejidad en este sector¹. Entre dichas relaciones jurídicas cabe destacar las siguientes.

2. Por un lado, la relación jurídica existente entre el asegurado o tomador del seguro y el asegurador, la cual se materializa en un contrato de seguro. De hecho, los contratos internacionales de seguro son considerados desde antaño, por la doctrina más acreditada, como la “oveja negra” en el ámbito del Derecho de los contratos internacionales². Dicha complejidad, predicable tanto del plano interno como del internacional, es debida, entre otros factores, a la extrema dificultad de su regulación, así como, en palabras del profesor V. FUENTES CAMACHO, a la “extraordinaria diversidad de figuras que abarca dicha modalidad contractual y, en su caso, de intereses y valores materialmente protegibles presentes sólo en algunas y ausentes en las restantes”³. La problemática es aún mayor si tenemos en cuenta que, al margen de existir diversas categorías o modalidades de contratos de seguro (contratos de coaseguro, seguros que cubren grandes riesgos, seguros de responsabilidad civil, seguros de vida, etc.), en el mercado asegurador los contratos de seguro coexisten con otras categorías contractuales. Nos estamos refiriendo a los contratos de reaseguro, así como a los contratos de intermediación o distribución de seguros.

3. Por otro lado, la relación jurídica existente entre la entidad aseguradora y el reasegurador se materializa en un contrato de reaseguro⁴. Dicho contrato se celebra entre profesionales del sector asegurador y, más en concreto, entre reasegurador y reasegurado (siendo éste la compañía aseguradora). En el contrato internacional de reaseguro, al igual que en el interno, se parte de un presupuesto: la inexistencia de un desequilibrio en la posición negociadora de las partes por celebrarse entre profesionales. De este modo, en esta modalidad contractual, no puede hablarse, en la generalidad de los supuestos, de una parte débil ni de una parte fuerte de la relación litigiosa. En palabras del profesor J.J. VARA PARRA, el contrato de reaseguro se celebra “entre reasegurador (cesionario) y asegurador directo (cedente), pagando éste la prima y comprometiéndose el reasegurador a reembolsarle la indemnización (conforme a lo dispuesto en el contrato de reaseguro) que dicho asegurador directo ha de pagar o ya ha pagado a su asegurado, como consecuencia del siniestro que ha tenido lugar en el ámbito del contrato de seguro suscrito por asegurador directo y asegurado”⁵.

4. Al margen de lo señalado, cada vez es más frecuente, tanto en el panorama interno como en el internacional, que la contratación de seguros no se lleve a cabo de un modo directo por medio de la

¹ Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación “La modernización del Derecho de seguros en el marco económico actual” (núm. de referencia DER2014-59182-P), de la convocatoria 2014, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dentro del Programa estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia en el marco del Plan Estatal de I + D + I (Modalidad I-B); gestionado por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona y con una duración de tres años.

² Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contratos internacionales II: algunos contratos”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 2016, 16ª ed., pp. 1053-1099, p. 1058.

³ En relación con los criterios de clasificación de las variadas modalidades de contratos de seguro, *vid.*, por todos, V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Fundación Universidad Empresa, Madrid, Civitas, 1999, pp. 104-106.

⁴ En relación con el complejo sector del reaseguro, *vid.*, por todos, J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *El reaseguro marítimo, entre el Derecho español y el “common law”: una visión armonizadora*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

⁵ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, 2016, pp. 1071-1072, núm. 54, así como las referencias citadas.

propia empresa de seguros o un empleado de las mismas. La contratación indirecta, de los productos de seguros, está en auge. De hecho, en numerosos supuestos, tanto internos como internacionales, la referida actividad de mediación o de distribución la realizan los denominados intermediarios de seguros. Existen diversos tipos de intermediarios de seguros: agente de seguros y corredor de seguros. El agente de seguros actúa en nombre y por cuenta de la entidad aseguradora. Sin embargo, el corredor de seguros (*broker*) no actúa para la entidad aseguradora, sino para el cliente, buscando para el mismo la mejor opción de seguro. Ambas modalidades de intermediarios de seguros privados tienen como actividad profesional distribuir los productos de seguros o, en su caso, de reaseguros, a cambio de una remuneración. El agente de seguros, al igual que el corredor de seguros, puede ser tanto una persona física como jurídica.

Los agentes de seguros pueden ser, o bien, exclusivos, o bien, vinculados, en función de si su actividad de intermediación de seguros la llevan a cabo para una compañía aseguradora en exclusiva o para varias entidades aseguradoras. En la actualidad, están adquiriendo un progresivo auge, en el seno del sector asegurador, los operadores de banca-seguros, los cuales constituyen una modalidad de intermediario de seguros. Se consideran operadores de banca-seguros las entidades de crédito que realizan la actividad de mediación de seguros como agentes de seguros, utilizando las redes de distribución de las mismas. El operador de banca-seguros puede ser tanto “exclusivo” como “vinculado”.

La relación jurídica existente con los señalados intermediarios de seguros se materializa en un contrato de intermediación o distribución de seguros, los cuales, con el transcurso del tiempo, han ido adquiriendo, en el seno del mercado asegurador, un más que notable y progresivo protagonismo en la práctica internacional.

Dentro de los contratos de intermediación de seguros privados cabe distinguir, por una parte, los contratos de agencia de seguros y, por otra parte, los contratos de mediación o corretaje (de seguros). En concreto, por un lado, la relación jurídica existente entre el agente de seguros y la entidad aseguradora se materializa en un contrato de agencia de seguros. Y, por otro lado, la relación jurídica entre el corredor de seguros (*broker*) y el cliente se manifiesta en un contrato de mediación o corretaje.

2. Problemas de Derecho internacional privado en la contratación de seguros: presupuestos de partida

5. Los contratos internacionales, intervinientes en el mercado asegurador, plantean interesantes problemas de Derecho internacional privado.

Por un lado, la problemática de la ley aplicable al correspondiente contrato internacional, a la cual vamos a dedicar los restantes apartados del presente trabajo, ya que se trata de la problemática de Derecho internacional privado más importante en relación con esta interesante y trascendente materia jurídica.

Y, por otro lado, también suscitan problemas de Derecho Procesal Civil Internacional, en concreto, de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras y, muy especialmente, de competencia judicial internacional. Como es sabido, dichos problemas se resuelven, en la inmensa mayoría de los supuestos, aplicando uno de los dos Reglamentos estrella del Derecho internacional privado de la Unión Europea: el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (denominado Reglamento “Bruselas I bis” o “Bruselas I refundición”); siendo éste el texto internacional más relevante, en sede de Derecho Procesal Civil Internacional europeo, de los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Unión Europea⁶.

⁶ *DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351/1. En relación con el largo y tortuoso proceso de elaboración del susodicho instrumento normativo europeo, *vid.* el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo (en lo sucesivo, CESE) sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentado en Bruselas el 21 de abril de 2009 por la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2009) 174 final; el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentado en Bruselas el 21 de abril de 2009 por la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2009) 175 final, el cual se plantea, entre otras cuestiones cruciales (sobre las cuales abre una amplia consulta, a las partes interesadas, que recibió numerosísimas respuestas), la supresión de todas las medidas intermedias necesarias para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en otro Estado miembro; el correspondiente Dictamen del CESE (*DOUE*, de 22 de septiembre

La Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (versión refundida)⁷ no contiene ninguna norma, ni de competencia judicial internacional, ni de competencia territorial interna; pero hace referencia a la “resolución extrajudicial de litigios” en su art. 15⁸. De este modo, la señalada Directiva europea parece responder a la creciente tendencia, que está actualmente en auge en materia de consumo, de fomentar, en relación con los derechos y obligaciones derivados de la susodicha Directiva, los mecanismos alternativos de resolución de litigios transfronterizos, entre los distribuidores de seguros y los clientes, estos es, los consumidores de seguros, en aras de descongestionar, en la medida de lo posible, a los órganos jurisdiccionales estatales, evitando que éstos tengan una sobrecarga de trabajo excesiva. En última instancia, lo que las instituciones europeas pretenden conseguir, por esta vía de fomentar la resolución extrajudicial de litigios, es favorecer un derecho fundamental: el de la tutela judicial efectiva y a no quedar en indefensión, consagrado por las Constituciones estatales de los Estados miembros de la Unión Europea (en España, por el art. 24 de nuestra Carta Magna), así como por la normativa internacional de derechos humanos (entre ellas, por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), la cual vincula a todos los Estados miembros de la Unión.

Tanto en sede de competencia judicial internacional, como en el ámbito del Derecho aplicable, hay que distinguir en función de la categoría contractual de que se trate. De hecho, los contratos internacionales, existentes en el sector asegurador, no están sujetos a un tratamiento conflictual y de competencia judicial internacional uniforme, lo cual redundará en un notable incremento de la complejidad para el operador jurídico.

6. A mi modo de ver, los presupuestos de partida de los problemas de Derecho internacional privado, que plantea la contratación de seguros, más destacables y de mayor repercusión son los que a continuación vamos a pasar a exponer.

de 2010, núm. C 255/48); la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE*, de 20 de octubre de 2011, núm. C 380/E); la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida), presentada en Bruselas el 3 de enero de 2011 por la Comisión Europea, COM (2010) 748 final/2; así como el correspondiente Dictamen del CESE (*DOUE*, de 23 de julio de 2011, núm. C 218/78). Un interesante estudio general del Reglamento “Bruselas I bis” puede encontrarse en A. NUYTS, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *RCDIP*, 2013, núm. 1, pp. 1-63. En relación con la adaptación del nuevo Reglamento “Bruselas I bis” al Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes, *vid.* el Reglamento (UE) núm. 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux (*DOUE*, de 29 de mayo de 2014, núm. L 163/1); el Dictamen del CESE sobre la Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE*, de 8 de julio de 2014, núm. C 214/25); así como el Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, por virtud del cual las disposiciones del Reglamento (UE) núm. 542/2014 se aplican a las relaciones entre la Unión Europea y Dinamarca (*DOUE*, de 13 de agosto de 2014, núm. L 240/1). En relación con los problemas de competencia judicial internacional, de los contratos internacionales de seguro y de los de reaseguro, *vid.*, muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, 2016, pp. 1059-1073; y, aunque en relación con el Reglamento “Bruselas I”, M.J. FERNÁNDEZ MARTÍN, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil y seguros de conformidad con el Reglamento Bruselas I”, *Revista Española de Seguros, El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro (Reglamentos “Bruselas I, Roma I y Roma II”)*, 2009, núm. 140, pp. 651-680. Para un análisis de los problemas de competencia judicial internacional, de los contratos internacionales de intermediación de seguros privados, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “La determinación de la competencia judicial internacional en los litigios internacionales derivados de la distribución indirecta de los contratos de seguro en el marco del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, en J. BATALLER GRAU/M.R. QUINTANS EIRAS/A.B. VEIGA COPO (Directores), *La reforma del Derecho del seguro*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, pp. 695-716.

⁷ *DOUE*, de 2 de febrero de 2016, núm. L 26/19.

⁸ De conformidad con el referido precepto, “1. Los Estados miembros velarán por que se establezcan, con arreglo a los actos legislativos aplicables de la Unión y al Derecho nacional, procedimientos extrajudiciales adecuados, efectivos, imparciales e independientes de reclamación y recurso para la resolución de litigios entre los distribuidores de seguros y los clientes, en relación con los derechos y obligaciones derivados de la presente Directiva, utilizando, si procede, organismos ya existentes. Los Estados miembros garantizarán que tales procedimientos sean de aplicación a los distribuidores de seguros contra los cuales se hayan iniciado los procedimientos, y que las competencias del organismo pertinente los incluyan efectivamente. 2. Los Estados miembros garantizarán que los organismos a que se refiere el apartado 1 cooperen en la resolución de litigios transfronterizos relativos a los derechos y obligaciones que se deriven de la presente Directiva”.

Por un lado, un factor digno de consideración es la complejidad inherente al referido sector. Dicha complejidad, debida entre otras razones, como anteriormente se puso de relieve, a la extrema dificultad de su regulación y a la variedad de relaciones jurídicas y de valores susceptibles de protección en el mercado asegurador, es predicable tanto del ámbito interno como del internacional.

7. Por otro lado, un importante factor a tener en cuenta es la ya mentada heterogeneidad o tipología variada de contratos, tanto internos como internacionales, existentes en el mercado asegurador. Como se ha adelantado más arriba, una de las características más destacadas del sector asegurador, que conlleva un plus de complejidad del mismo, es la heterogeneidad de las relaciones jurídicas existentes en su seno. Al margen de la diversidad de contratos de seguro existentes, en el referido sector, los contratos de seguro coexisten con otras modalidades contractuales. De este modo, en relación con los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador, es preciso distinguir, tanto en el plano del Derecho procesal civil internacional (y, muy especialmente, en el de la competencia judicial internacional) como en el del Derecho aplicable, tres categorías contractuales. Por un lado, los contratos internacionales de seguro, cuya tipología, como anteriormente hemos recalcado, es extraordinariamente variada. Por otro lado, los contratos internacionales de reaseguro. Y, por último, los contratos internacionales de intermediación o distribución de seguros privados. Y, por lo que se refiere a esta última modalidad contractual, cabe diferenciar los contratos internacionales de agencia de seguros de los contratos internacionales de corretaje o de mediación de seguros. En el mercado asegurador existe una dispersión en el tratamiento, tanto de los problemas de competencia judicial internacional, como de los de Derecho aplicable. El tratamiento ante estos problemas depende, muy especialmente, del tipo de contrato de que se trate.

8. Al margen de lo señalado, otro factor importante a resaltar, estrechamente vinculado al anterior, es el desequilibrio en la posición negocial de las partes existente, con carácter general, en el sector asegurador. En todo caso, dicho desequilibrio no es apreciable, ni su intensidad es la misma, en todas las categorías de contratos intervinientes en el mercado asegurador ni en todos los contratos de seguro. De hecho, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, el equilibrio en la posición negocial de las partes varía notablemente en función del tipo de contrato de seguro de que se trate. Además, el referido desequilibrio no existe en todas las modalidades contractuales del sector asegurador. De hecho, no se vislumbra, al menos de un modo acusado, ni en el contrato de reaseguro ni en el contrato de agencia de seguros, los cuales son contratos que se celebran entre profesionales. No es éste el caso, sin embargo, del contrato de corretaje, el cual se celebra, no entre profesionales, sino entre el cliente y el corredor de seguros. El desequilibrio en la posición negocial de las partes contractuales, existente con carácter general, en el mercado asegurador, se proyecta, tanto en el sector del Derecho Procesal Civil Internacional (en el plano de la competencia judicial internacional y en el de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras), como en el del Derecho aplicable.

9. Y, por último, otro factor a considerar, a los efectos señalados, es la amplia diversidad o acentuada dispersión normativa existente en el mercado asegurador, ya que, en el susodicho sector, como ya se verá en uno de los siguientes apartados del presente trabajo⁹, coexisten los textos de Derecho internacional privado con las Directivas europeas del sector, tanto con las Directivas europeas de seguros como con la ya mentada nueva Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (versión refundida).

Los factores, que acabamos de poner de relieve y que conllevan un plus de complejidad en el sector asegurador, constituyen los presupuestos de partida de los problemas de Derecho internacional privado en la contratación de seguros. En el presente estudio, por razones fundamentalmente de espacio, nos vamos a centrar en los problemas de ley aplicable de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador, haciendo igualmente alusión a los problemas de coordinación o conciliación de las disposiciones materiales de carácter imperativo de la reciente y anteriormente mentada Directiva europea

⁹ En relación con el marco normativo de los contratos internacionales existentes en el mercado asegurador, en sede de Derecho aplicable, *vid.* el apartado II del presente estudio.

sobre la distribución de seguros con uno de los dos Reglamentos estrella del Derecho internacional privado de la Unión Europea: el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento “Roma I”)¹⁰.

II. Problemas de ley aplicable de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: panorama normativo

1. Marco normativo: amplia dispersión normativa

10. Como es sabido, la contratación de seguros es uno de los sectores jurídicos con un panorama normativo más complejo, tanto en el ámbito interno, como en el internacional.

En el plano interno, el marco normativo es particularmente complejo debido a su acusada diversidad, así como a la extrema dificultad de su regulación¹¹. Es importante resaltar que se está trabajando, en aras de la consecución de la reforma del contrato de seguro, en la elaboración de una Ley de Código Mercantil para la reforma de la LCS de 1980¹².

11. En el plano internacional, como anteriormente hemos adelantado al exponer los presupuestos de partida de los problemas de Derecho internacional privado en la contratación de seguros, uno de los factores a considerar, en sede de Derecho aplicable, que conllevan un notable plus de complejidad en el operador jurídico, es la amplia diversificación o acentuada dispersión normativa existente en el sector asegurador, ya que, en el susodicho mercado, coexisten los textos de Derecho Internacional Privado (y, más específicamente, en el sector del Derecho aplicable, el Reglamento “Roma I”) con las Directivas europeas implicadas en el sector asegurador. Y, más en concreto, con las Directivas europeas de seguros¹³;

¹⁰ *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6. Corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2009, núm. L 309/87. Al igual que su antecesor, el Convenio de Roma de 1980 relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, el Convenio de Roma), el Reglamento “Roma I”, que vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea con la excepción de Dinamarca, trata de evitar las negativas consecuencias que, en materia de obligaciones contractuales, la posibilidad de *forum shopping* lleva aparejadas.

¹¹ En relación con la legislación interna aplicable al contrato de seguro, en el seno del ordenamiento jurídico español, *vid.*, muy especialmente, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS); el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y las disposiciones que lo desarrollan, con la modificación normativa introducida recientemente por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, denominada bajo el calificativo de LOSSEAR (*BOE*, de 15 de julio de 2015, núm. 168); así como la ingente legislación específica existente en función del tipo de contrato de seguro de que se trate.

¹² Por lo que a dicho proceso de reforma se refiere, *vid.*, por todos, R. ILLESCAS ORTIZ, “El contrato de seguro en el futuro Código Mercantil”, *op. cit.*, 2015, pp. 49-58; así como L.A. FERNÁNDEZ MANZANO, “El contrato de seguro en el nuevo Código Mercantil”, *Diario La Ley*, de 17 de octubre de 2014, núm. 8401, Sección “Tribuna”, según el cual el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 vuelve a codificar la LCS, al igual que hace con otros contratos mercantiles, introduciendo en la normativa vigente determinadas modificaciones que tienen por objeto actualizar la regulación del contrato de seguro, a la par que simplificar alguno de los preceptos de redacción más confusa; pero no se pretende alterar sustancialmente la LCS, ya que, según el mismo, dicha norma, a pesar de llevar en vigor tantos años, sigue considerándose como una buena Ley. Y, con un alcance menos sectorial, en relación con las diferentes reformas que en sede de Derecho del seguro están en proceso, sobre lo cual se va a celebrar próximamente un Congreso Internacional de Seguros (los días 9 y 10 de noviembre de 2017) en la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona bajo el título de “El contrato de seguro en la encrucijada”, *vid.*, muy especialmente, J. BATALLER GRAU/M.R. QUINTANS EIRAS/A.B. VEIGA COPO (Directores), *La reforma del Derecho del seguro*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.

¹³ En relación con dicha regulación, *vid.*, muy especialmente, el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II): *DOUE*, de 17 de enero de 2015, núm. L 12/1. Corrección de errores del susodicho Reglamento europeo: *DOUE*, de 7 de mayo de 2015, núm. L 116/25. Corrección de errores de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II [*DOUE*, de 17 de diciembre de 2009, núm. L 335]): *DOUE*, de 19 de febrero de 2015, núm. L 45/22. Por lo que al plano doctrinal se refiere, *vid.*, muy especialmente, C.A. CASTILLO PLAZA, “Transposición e implementación de la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II)”, en J. BATALLER GRAU/M.R. QUINTANS EIRAS/A.B. VEIGA COPO (Directores), *La reforma del Derecho del seguro*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, pp. 305-340; F. DE LEÓN MIRANDA, “El régimen de la externalización de funciones y actividades por las entidades aseguradoras bajo Solvencia II”, *ibid.*, pp. 341-364; así como J. SÁNCHEZ SANTIAGO, “Los procesos de sucursalización en el marco de Solvencia II”, *ibid.*, pp. 365-399.

así como con la anteriormente citada Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (versión refundida).

12. Al margen de lo señalado, las instituciones europeas están trabajando, desde enero de 2013, en un nuevo paradigma: la regulación del contrato de seguro europeo, en aras de la creación de un mercado único de seguros, de indudable importancia para la industria de los seguros, así como para los usuarios de los productos de seguros en el seno de la Unión Europea¹⁴.

13. La esperada Directiva (UE) 2016/97, sobre la distribución de seguros, ha sustituido, recientemente, a la anteriormente vigente Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros¹⁵. Dicha Directiva, que entró en vigor el 15 de enero de 2003, tenía por objeto el tratamiento de la problemática relativa a la mediación de seguros y de reaseguros privados. En la señalada fecha, se produjo la derogación de la anteriormente vigente Directiva 77/92/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, relativa a las medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades de agente y de corredor de seguros (ex grupo 630 CITI) y por la que se establecían, en particular, medidas transitorias para estas actividades¹⁶.

14. La Directiva de mediación de seguros anteriormente vigente tenía por objeto la aproximación, de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en torno al acceso y ejercicio de la actividad de mediación. Y, más en concreto, en lo relativo al necesario registro de los mediadores o intermediarios de seguros para el correspondiente ejercicio de su actividad profesional; a los estrictos requisitos profesionales a cuyo cumplimiento se condiciona el referido registro; al modo de actuar de los intermediarios de seguros y a las obligaciones de los mismos. Dentro de dichas obligaciones destaca, muy especialmente, el deber de información y asesoramiento que tiene el mediador de seguros con respecto al cliente o asegurado.

Al margen de lo señalado, tal como se desprende de la Directiva anteriormente vigente, el objetivo de la actividad de mediación de seguros es ayudar al cliente a celebrar o ejecutar un contrato de seguro o, en su caso, de reaseguro; gestionar profesionalmente los siniestros; así como efectuar actividades de peritaje y de liquidación de siniestros.

En suma, la Directiva 2002/92/CE sobre la mediación en los seguros, al igual que las legislaciones nacionales de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea que llevaron a cabo la transposición de la misma, fiscaliza el acceso y adecuado ejercicio de la actividad de los intermediarios de seguros privados en aras de favorecer la profesionalización de los mismos y la transparencia en el sector en torno a cuestiones extraordinariamente relevantes (como, por ejemplo, el importe de las comisiones de los intermediarios de seguros).

15. En otro orden de cosas, si se trata de un contrato de agencia de seguros, a través del cual se materializa, como es sabido, la relación jurídica existente entre el agente de seguros (ya sea exclusivo, vinculado u operador de banca-seguros) y la compañía aseguradora, se aplica, subsidiariamente, la controvertida Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes¹⁷. Dicha Directiva europea sectorial ha sido transpuesta, al ordenamiento jurídico español, por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia (en adelante, LCA 12/1992)¹⁸.

¹⁴ En relación con el desenvolvimiento y estado de dicho proceso, *vid.*, por todos, J. BASEDOW, “¿Hacia una regulación europea de contrato de seguro?”, *op. cit.*, 2015, pp. 33-47.

¹⁵ *DOCE*, de 15 de enero de 2003, núm. L 9/3.

¹⁶ *DOCE*, de 31 de enero de 1977, núm. L 26/14.

¹⁷ *DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382. Por lo que se refiere a la influencia del Reglamento “Roma I” sobre la compleja y actual problemática relativa a la ley aplicable a los contratos internacionales, tanto intracomunitarios como extracomunitarios, de agencia comercial, *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46.

¹⁸ *BOE*, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

2. La reciente Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros: alcance de sus novedades y futura transposición al ordenamiento jurídico español

16. La Directiva europea 2002/92/CE sobre la mediación en los seguros fue objeto de una viva controversia doctrinal. Como consecuencia de las críticas suscitadas por la misma, las instituciones europeas iniciaron, en aras de su modificación, un proceso de reforma de la Directiva 2002/92/CE; que se materializó en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mediación en los seguros (Refundición)¹⁹. La finalidad básica de la referida Propuesta de Directiva era incrementar notablemente su ámbito de aplicación, y ello en aras de aumentar la protección de los clientes, esto es, de los consumidores de seguros²⁰. La reforma europea pretendía, en última instancia, una ampliación y reformulación del concepto de mediación, lo cual implica un tránsito de la mediación a la distribución de seguros (siendo éste, como es sabido, el título de la nueva Directiva europea). En aras de ofrecer una mayor protección al asegurado o tomador del seguro, las instituciones europeas tenían previsto acometer diversas reformas: entre ellas, ofrecer una mayor información y asesoramiento al asegurado o tomador del seguro; evitar o minimizar el conflicto de intereses subyacente a este tipo de contratación; así como modificar el sistema de remuneración (especialmente en lo que atañe a la retribución del corredor de seguros)²¹.

17. En relación con el ámbito de aplicación material de la Directiva 2002/92/CE, es preciso señalar que la misma regulaba la actividad profesional de aquellas personas o instituciones que distribuyen los productos de seguros o, en su caso, de reaseguros, a cambio de una remuneración. La referida Directiva se aplicaba, pues, tanto a personas físicas como jurídicas, siempre y cuando la actividad de mediación de seguros realizada por dichas personas no consistiese en una actividad meramente accesorio o en facilitar una simple información general sobre los productos de seguros o, en su caso, de reaseguros. En cualquier caso, la Directiva anteriormente vigente de mediación de seguros no cubría aquellos supuestos en los cuales la actividad la realizaba, o bien, una empresa de seguros (o, en su caso, de reaseguros), o bien, un empleado de las mismas.

Sin embargo, tal como ya figuraba en la Propuesta de Directiva sobre la mediación en los seguros a la que nos acabamos de referir, la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros, en aras de incrementar notablemente la protección del cliente o asegurado, incluye los susodichos supuestos dentro de su ámbito de aplicación material. En efecto, la nueva Directiva (tal como tenía previsto la citada Propuesta de Directiva de mediación de seguros), como consecuencia de estar enfocada a la protección del consumidor de seguros, extiende su ámbito de aplicación a la actividad aseguradora directa, ya que, de este modo, consigue proyectar los nuevos parámetros de protección del cliente, que la misma incorpora, a la actuación de la entidad aseguradora; tratando de alcanzar, de este modo, un mayor nivel de protección del asegurado que la anteriormente vigente Directiva de 2002 sobre la mediación en los seguros. La notable ampliación de su ámbito de aplicación, así como el incremento del nivel de protección del consumidor de seguros, son, sin lugar a dudas, las novedades más esperadas y de mayor repercusión práctica de la Directiva europea 2016/97 sobre la distribución de seguros²².

¹⁹ La señalada Propuesta de Directiva fue presentada en Bruselas, por la Comisión Europea, el 3 de julio de 2012: COM (2012) 360 final. *Vid.*, igualmente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros (refundición): *DOUE*, de 15 de febrero de 2013, núm. C 44/95.

²⁰ *Vid.* la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, en concreto, la parte relativa al “Contexto de la Propuesta”. En relación con las novedades de dicha Propuesta, *vid.*, por ejemplo, C. DÍAZ LLAVONA, “Propuesta de revisión de la Directiva 2002/92/CE, de mediación de seguros. Antecedentes, principales novedades y aspectos discutibles”, en los números monográficos editados por la RES con ocasión de los “25 años de Planes de pensiones”, 2012, núms. 150-151, abril-septiembre, pp. 245-262.

²¹ En relación con el contexto de la referida reforma europea de la mediación a la distribución de seguros, *vid.*, muy especialmente, M.R. QUINTÁNS EIRAS, “Reforma de la distribución de seguros en la Unión Europea”, en J. BATALLER GRAU/M.R. QUINTÁNS EIRAS/A.B. VEIGA COPO (Directores), *La reforma del Derecho del seguro*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, pp. 557-574.

²² Un exhaustivo análisis de las principales novedades de la referida Directiva europea, así como de la repercusión de las mismas, puede encontrarse en M.R. QUINTÁNS EIRAS, “De la mediación a la distribución de seguros: la nueva Directiva 2016/1997”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, vol. 39, pp. 1-22.

Como hemos puesto de manifiesto más arriba, estas dos novedades se encuentran estrechamente interrelacionadas entre sí.

18. La Directiva sustituida por la actualmente vigente, al igual que acontecerá con la reciente Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros, ha sido objeto de transposición a los ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados miembros de la Unión Europea y, en concreto, al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (en lo sucesivo, Ley 26/2006)²³.

19. La nueva Directiva europea habrá de ser igualmente objeto de transposición a los ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados miembros de la Unión. En concreto, al ordenamiento jurídico español, la susodicha transposición se llevará a cabo por medio de la Ley de distribución de seguros y reaseguros privados, la cual está siendo, en la actualidad, objeto de negociación en el gobierno. Por lo que se refiere al estado de su tramitación, en el momento de la redacción de estas líneas, tan sólo existe un primer preborrador, de 19 de enero de 2017 (calificado como confidencial), de la Secretaría de Estado, de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en concreto, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Se prevé que dicha Ley entre en vigor a principios del 2018²⁴; sustituyendo desde dicho momento a la Ley actualmente vigente, esto es, a la anteriormente citada Ley 26/2006. De hecho, la Disposición derogatoria de la Ley de distribución de seguros y reaseguros privados señala que la misma deroga, “en particular”, a la Ley 26/2006.

El Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados está estructurado en Títulos, los Títulos en Capítulos, algunos Capítulos en Secciones, y a su vez determinadas Secciones en Subsecciones. El articulado consta de un total de 84 artículos. Tras el referido articulado, el legislador español ha previsto diversas Disposiciones, en concreto, seis Disposiciones adicionales, tres Disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y, por último, cuatro disposiciones finales. Después de las susodichas Disposiciones aparece un único Anexo, denominado como el Anexo I, bajo el título de “Requisitos mínimos en materia de competencia y conocimientos profesionales”. En cualquier caso, como hemos puesto de relieve más arriba, la Ley se estructura, básicamente, en Títulos, concretamente, en cuatro. Por un lado, el Título I, bajo la denominación de “Disposiciones generales”, se refiere a aspectos tan cruciales como son el objeto de la Ley, diversas definiciones contenidas en la misma, su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo (que, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, constituye una de sus principales novedades) y la obligación de registro. Por otro lado, el Título II regula los órganos de supervisión y sus competencias. Por otra parte, el Título III se denomina “De las actividades de los distribuidores de seguros y de reaseguros residentes o domiciliados en España”. Y, por último, el Título IV se refiere a la actividad, en España, de los distribuidores de seguros y de reaseguros residentes o domiciliados en otros Estados miembros de la Unión Europea. De lo señalado se desprende, claramente, que el Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados regula, entre otras muchas cuestiones, aspectos internacionales relativos a la distribución de seguros.

Al margen de lo señalado, el Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados distingue entre mediadores de seguros (o de reaseguros) y distribuidores de seguros (o de reaseguros). Tal como se desprende del articulado del referido Proyecto de Ley, la actividad de distribución de seguros puede ser realizada por las entidades aseguradoras, por los agentes de seguros, por los operadores de banca-seguros, así como por los corredores de seguros. El extenso ámbito de aplicación de la futura Ley de distribución de seguros y reaseguros privados está en sintonía con una de las principales novedades de la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros (cuya transposición ha de llevar a efecto): extender considerablemente el ámbito de aplicación material de la Directiva a la cual sustituye.

²³ BOE, de 18 de julio de 2006, núm. 170. Un pormenorizado análisis del señalado instrumento normativo puede encontrarse en V. CUÑAT EDO/J. BATALLER GRAU (Directores), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007; así como en F.J. TIRADO SUÁREZ/M.A. SARTÍ MARTÍNEZ, *Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.

²⁴ Tal como pone de manifiesto la Disposición final quinta de la referida Ley, relativa a su entrada en vigor, la presente Ley “entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

III. Problemas de ley aplicable de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: cuestiones clave

1. Intereses subyacentes detrás del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”

20. El Reglamento “Roma I” ha modificado sustancialmente el régimen conflictual de los contratos de seguro. En concreto, el art. 7 del susodicho Reglamento contiene una norma de conflicto especial para los contratos de seguro, la cual aparece encuadrada dentro del régimen especial de Derecho aplicable²⁵. De conformidad con el Considerando 23 del Reglamento, el objetivo prioritario del referido régimen especial, de determinación de la ley aplicable, es proteger a la parte débil de la relación litigiosa por medio de normas de conflicto más favorables a sus intereses que las que conforman el régimen general.

Tal como se desprende del art. 1.4 del Reglamento “Roma I”, en el marco del art. 7 del referido Reglamento (al igual que en el del art. 3.4 del referido cuerpo legal [relativo a la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea]), el término “Estado miembro” designará a todos los Estados miembros de la Unión Europea, incluyendo por tanto a Dinamarca. Los conceptos autónomos contenidos en el Reglamento “Roma I” constituyen una manifestación evidente del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Uno de los intereses que subyacen detrás del art. 7 del Reglamento es su finalidad tuitiva, ya que el mismo responde claramente a un interés de protección del asegurado. Tal como pone de manifiesto el Considerando 32 del Reglamento “Roma I”, al igual que ocurre con los contratos de transporte, como consecuencia de las características especiales que presentan los contratos de seguro, deberá garantizarse un nivel adecuado de protección a los titulares de las pólizas mediante normas específicas y, por consiguiente, “el art. 6 no debe aplicarse en el contexto” de este contrato específico.

Dicha finalidad tuitiva es predicable con carácter general, aunque no todos los contratos de seguro precisan del mismo nivel de protección. Hay contratos de seguro excluidos del art. 7 del Reglamento, por la mera localización del riesgo en un Estado tercero, necesitados de protección; y contratos incluidos en el susodicho régimen especial en los que no existe tal necesidad de protección, como es el caso del seguro que cubre grandes riesgos²⁶.

21. Al margen de lo señalado, detrás del art. 7 del Reglamento “Roma I” subyacen, fundamentalmente, otros dos intereses, los cuales tienen su origen en cargas anteriores del legislador europeo.

Por un lado, detrás del mismo subyace un claro interés de reducir la dispersión normativa existente en el marco del Convenio de Roma. De hecho, durante la vigencia del Convenio de Roma el régimen jurídico era extremadamente disperso y complejo, ya que los contratos de seguro podían quedar sometidos, en función de las circunstancias, a las normas de conflicto del Convenio de Roma, a las de las Directivas comunitarias sobre seguros o a las de los sistemas autónomos de los Estados miembros. Aunque el Convenio de Roma incluía a los contratos de reaseguro dentro de su ámbito de aplicación (lo cual sigue siendo así en el ámbito del Reglamento), excluía de su ámbito material a los contratos de seguro que cubrían riesgos situados en el territorio comunitario²⁷.

²⁵ La tendencia del Reglamento “Roma I” a la dualidad de regímenes de Derecho aplicable, uno general para la generalidad de las situaciones privadas internacionales y otro especial para determinados supuestos internacionales específicos, no es exclusiva de este Reglamento europeo. De hecho, como es sabido, dicha tendencia concurre en otros instrumentos normativos del Derecho internacional privado de la Unión Europea (como es el caso, por ejemplo, del Reglamento “Bruselas I bis”): *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *Iniciación al Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil (Reglamento “Bruselas I bis”). La ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento “Roma I”)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2014, pp. 129-130.

²⁶ *Vid.* el siguiente apartado del presente trabajo.

²⁷ Por lo que se refiere a la situación existente al amparo del Convenio de Roma, en relación con los contratos de seguro, *vid.*, más ampliamente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, 2016, pp. 1059, núm. 14, los cuales señalan que el Reglamento “Roma I” ha puesto fin a la dispersión normativa anterior, que obligaba a manejar “el Convenio de Roma de 1980, diversas Directivas comunitarias y normas de conflicto de producción interna; en función de dos elementos: la localización del riesgo y el establecimiento del asegurador”; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a

Sin embargo, el Reglamento “Roma I” incluye, dentro de su ámbito de aplicación material, a todos los contratos de seguro, con la salvedad de la exclusión específica contemplada en el apartado 2 j) de su art. 1: relativo a los contratos de seguro derivados de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de determinados trabajadores.

De lo señalado se desprende que, en el marco del Reglamento “Roma I”, no existe dispersión normativa en cuanto a los instrumentos normativos aplicables, ya que todos los contratos de seguro, salvo un supuesto muy específico y de escasa repercusión práctica (el señalado más arriba), quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I”. En el ámbito del Reglamento “Roma I”, como posteriormente se pondrá de manifiesto, la dispersión tiene lugar únicamente en el seno del propio instrumento normativo aplicable; en el sentido en que no todos los contratos internacionales existentes en el mercado asegurador están sujetos, ni al mismo régimen de Derecho aplicable, ni a la misma norma de conflicto²⁸.

22. Y, por otro lado, detrás del art. 7 del Reglamento “Roma I” también subyace la idea de no modificar sustancialmente el régimen previsto en las Directivas comunitarias sobre seguros, ya que, *de facto*, el contenido de tales Directivas ha sido incorporado en el propio articulado del Reglamento, en concreto, en su art. 7²⁹. De este modo, puede decirse que no ha habido una modificación sustancial en relación con el contenido del régimen jurídico de los contratos internacionales de seguro³⁰. A mi modo de ver, el legislador europeo ha adoptado una actitud extremadamente práctica, trasladando las normas de conflicto, existentes en este sector, contenidas en las Directivas sobre seguro de la Unión Europea, al marco del art. 7 del Reglamento “Roma I”. Se debería de haber aprovechado la oportunidad para reemplazar dichas normas conflictuales por otras de una calidad técnica superior a la par que menos complejas; facilitando, de este modo, su correcta aplicación por los operadores jurídicos.

En cualquier caso, la regulación conflictual de los contratos de seguro, al igual que la relativa a los contratos de consumo, puede cambiar en un futuro, ya que la cláusula de revisión, contenida en el art. 27 del Reglamento “Roma I”, obliga a la Comisión a presentar un informe, en el plazo establecido, relativo a la aplicación del Reglamento. Dicho informe, que en caso de ser necesario irá acompañado de propuestas de modificación del Reglamento “Roma I”, además de valorar la coherencia del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la protección de los consumidores, habrá de incluir un “estudio sobre la legislación aplicable a los contratos de seguros y una evaluación del impacto de las disposiciones que, en su caso, habrán de introducirse”.

2. Tratamiento conflictual diferente de los contratos internacionales existentes en el mercado asegurador

23. Desde nuestro punto de vista, la extrema complejidad para la resolución, por el operador jurídico, de la problemática relativa a la ley aplicable, en el seno del mercado asegurador, es debida, fundamentalmente, a dos factores que vamos a pasar a exponer a continuación.

Por un lado, a la aplicación de distintos regímenes (del general y del espacial) de Derecho aplicable a los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador.

Y, por otro lado, a la diversidad de normas conflictuales aplicables a los contratos internacionales existentes en el sector asegurador, en el cual los contratos de seguro coexisten con los contratos de reaseguro, así como con los contratos de intermediación de seguros. Además, al operador jurídico se le origina un plus de complejidad debido a la variedad y extrema complejidad de las normas conflictuales aplicables en función del tipo de contrato de seguro de que se trate.

las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley (Unión Europea)*, de 30 de mayo de 2008, núm. 6957, pp. 1-10, p. 8; así como V. FUENTES CAMACHO, *op. cit.*, 1999, pp. 93-168.

²⁸ *Vid.* el apartado siguiente del presente estudio.

²⁹ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2014, pp. 150-152, especialmente p. 150, así como las referencias en dicha obra citadas.

³⁰ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2008, p. 8.

En suma, a diferencia de lo que acontecía en el marco del Convenio de Roma, la dispersión normativa, en el seno del Reglamento “Roma I”, no es predicable en cuanto a los instrumentos normativos aplicables, ya que los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador, salvo un supuesto muy específico, quedan insertos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I”, por lo que éste se aplica a todos los señalados contratos.

No obstante, de lo señalado se desprende, claramente, que la dispersión normativa sí que es predicable en cuanto al régimen de ley aplicable y en lo referente a la norma de conflicto aplicable por el operador jurídico en el seno del propio instrumento normativo, esto es, del Reglamento “Roma I”. De este modo, a la complejidad, derivada de la diversidad de regímenes de Derecho aplicable, hay que sumarle también la aplicación, en función del tipo de contrato de seguro de que se trate, de distintas normas conflictuales dentro de un mismo régimen de Derecho aplicable, concretamente, del régimen especial de ley aplicable consagrado por el legislador europeo en el art. 7 del Reglamento “Roma I”.

24. Dicha distinción en el tratamiento o solución conflictual, de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador, depende de diversos factores. A mi modo de ver, dichos factores son básicamente los siguientes.

Por un lado, el factor más relevante es el de la modalidad de contrato internacional interviniente en el mercado asegurador y del tipo de contrato de seguro de que se trate; ya que, como ya hemos puesto de relieve en diversas partes de este trabajo, el contrato de seguro (cuya tipología es extraordinariamente variada) coexiste, en el mercado asegurador, con otras categorías contractuales, entre las que destacan los contratos de reaseguro y los contratos de intermediación de seguros.

Por otro lado, un factor estrechamente interrelacionado con el anterior es el del nivel de protección requerido del asegurado o tomador del seguro en la categoría contractual de que se trate, el cual varía mucho de una modalidad contractual a otra dentro del mercado asegurador.

Y, por último, otro factor a tener en cuenta es el del criterio del tipo de riesgo cubierto por el contrato de seguro; así como el criterio espacial del lugar de localización del riesgo cubierto, en función de si el mismo se encuentra localizado en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado tercero. Como posteriormente pondré de relieve, este último criterio, que únicamente se tiene en cuenta en relación con los contratos internacionales de seguro (y, como ya veremos, no en todas las modalidades), se justifica exclusivamente en cargas anteriores del legislador europeo, en concreto, en las existentes al amparo del Convenio de Roma de 1980. Por ello, desde mi punto de vista, que el legislador europeo haya tenido en cuenta este factor, en el marco del Reglamento “Roma I”, es erróneo por carecer ya de justificación práctica con motivo de la inclusión, de las normas conflictuales de las Directivas europeas de seguros, en el articulado del propio Reglamento.

25. Con base en los factores que acabamos de poner de relieve, el legislador europeo ha elaborado una amplia variedad de soluciones conflictuales para los contratos internacionales existentes en el sector asegurador, las cuales vamos a pasar a exponer a continuación.

Como hemos señalado más arriba, el factor de mayor repercusión práctica, a los efectos señalados, es el tipo o modalidad de contrato internacional interviniente en el mercado asegurador; siendo éste un factor estrechamente interrelacionado con el nivel de protección requerido en cada modalidad contractual del referido ámbito.

26. Por un lado, en el seno del mercado asegurador los contratos de reaseguro gozan de una indudable trascendencia. De conformidad con el apartado 1º del art. 7 del Reglamento “Roma I”, los contratos de reaseguro quedan excluidos del ámbito material del art. 7 del Reglamento. Ello también acontecía en el marco del Convenio de Roma de 1980. Tal como se desprende del apartado 2j) del art. 1 del Reglamento “Roma I”, que tan sólo excluye de su ámbito de aplicación material un tipo muy concreto de contrato de seguro³¹, los contratos de reaseguro quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación

³¹ Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento “los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, y que tengan como objetivo la

material del Reglamento. De los dos preceptos señalados se desprende, claramente, que los contratos de reaseguro quedan sometidos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, esto es, a sus arts. 3 y 4, los cuales, como es sabido, constituyen el núcleo duro del referido Reglamento³².

Desde una perspectiva *de lege ferenda*, es lógico que los contratos de reaseguro queden sujetos al régimen general de ley aplicable que el Reglamento consagra, por no existir un desequilibrio, al menos acusado, en la posición negociadora de las partes contractuales por celebrarse entre profesionales del sector asegurador. Y, como es sabido, el régimen general de determinación de la ley aplicable del Reglamento “Roma I” parte implícitamente, al menos desde un punto de vista teórico, de un presupuesto, que es el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual (presupuesto que no concurre, como es sabido, en las categorías contractuales sometidas al régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento [contratos de transporte de mercancías y de pasajeros, contratos de consumo, contratos de seguro y contratos individuales de trabajo, regulados respectivamente en los arts. 5-8 del señalado cuerpo legal])³³.

En defecto de elección de ley por las partes del contrato de reaseguro, el mismo se regulará, de conformidad con el apartado 2º del art. 4 del Reglamento “Roma I”, por la ley del país en el cual el reasegurador tenga su residencia habitual, ya que dicha parte es la que lleva a cabo la prestación característica del contrato de reaseguro³⁴.

27. Por otro lado, en el seno del mercado asegurador, cada vez van adquiriendo un más que notable y progresivo protagonismo, en la práctica internacional, los ya mentados contratos de intermediación o distribución de seguros privados. Pese al silencio que guarda el Reglamento “Roma I” en relación con esta categoría contractual, la cual goza de una indudable trascendencia en la actualidad, tanto los contratos de agencia de seguros (celebrados entre la entidad aseguradora y el agente de seguros), como los contratos de corretaje o de mediación de seguros (los cuales constituyen, como es sabido, la materialización de la relación jurídica existente entre el cliente y el corredor de seguros), quedan sometidos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, esto es, a sus arts. 3 y 4. De este modo, el legislador europeo ha otorgado el mismo tratamiento conflictual a los contratos de reaseguro y a estas dos categorías contractuales.

A mi modo de ver, ello es merecedor de una crítica severa, ya que el contrato de agencia de seguros y el contrato de mediación o corretaje no requieren del mismo nivel de protección, ya que, como anteriormente se adelantó, así como el primero se celebra entre profesionales (agente de seguros y compañía aseguradora), el segundo no se celebra entre profesionales, sino que lo suscribe el corredor de seguros con el cliente. De hecho, el corredor de seguros ha de buscar para el cliente la mejor opción de seguro, aquella que en mayor medida cubra sus necesidades. Desde esta misma perspectiva *de lege ferenda*, tampoco es lógico que el contrato de agencia de seguros quede sometido al régimen general de ley aplicable del Reglamento “Roma I”, ya que, aunque se celebre entre profesionales, en la generalidad de los supuestos, el agente de seguros suele ostentar una posición negociadora más débil que la entidad aseguradora.

Ante la inexistencia de una norma de conflicto específica, en el art. 4.1 del Reglamento, para los contratos de intermediación de seguros privados, el contrato de agencia de seguros, al igual que el

concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales”.

³² Por lo que a dichos preceptos se refiere, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva *de lege lata* y propuestas *de lege ferenda*”, *CDT*, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 45-67.

³³ No obstante, la práctica nos muestra que el susodicho presupuesto no se cumple en relación con todas las categorías contractuales sometidas al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”. Tal es el caso, por ejemplo, de los contratos internacionales de agencia comercial, en los cuales, pese a quedar sujetos al referido régimen general, el agente comercial suele ocupar la posición de parte débil de la relación litigiosa.

³⁴ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2014, pp. 151-152, así como las referencias citadas. En relación con la problemática de la ley aplicable a la referida categoría contractual, *vid.*, por todos, J.J. VARA PARRA, “La ley aplicable al contrato de reaseguro internacional”, *Revista Española de Seguros*, El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro, 2009, núm. 140, pp. 635-649.

contrato de corretaje o de mediación de seguros, son susceptibles de quedar incluidos en el ámbito de la norma de conflicto relativa a los “contratos de prestación de servicios”, consagrada por el apartado 1b) del art. 4 del Reglamento “Roma I”, que es un concepto autónomo dotado de una gran amplitud que ha de interpretarse, con arreglo al principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y al principio de seguridad jurídica, del mismo modo que en el ámbito del art. 7.1 del Reglamento “Bruselas I bis”. Ello implica que se aplique la ley del país de la residencia habitual, en el momento de la celebración del correspondiente contrato, del prestador del servicio, esto es, del agente de seguros o, en su caso, del corredor de seguros.

A la misma conclusión se llegaría en el supuesto de aplicar el operador jurídico, a ambas categorías contractuales, la norma conflictual relativa a los “contratos de distribución”, consagrada por el apartado 1f) del art. 4 del Reglamento “Roma I”. Dicha norma de conflicto, como consecuencia de su origen (potenciar la seguridad jurídica), responde a un concepto autónomo estricto (de hecho, existe una norma de conflicto específica para los contratos de franquicia, por lo que el legislador europeo no los considera incluidos dentro de la categoría jurídica de los contratos de distribución); dentro del cual difícilmente tienen cabida, a mi modo de ver, los contratos de intermediación de seguros privados. Además, entre ambos tipos contractuales existen diferencias sustanciales. No obstante, como acabo de poner de manifiesto, la aplicación a los referidos contratos internacionales de la norma de conflicto relativa a los “contratos de distribución” implicaría que los mismos se regulasen por la misma ley estatal que si se aplicase la norma de conflicto prevista por el legislador europeo para los “contratos de prestación de servicios”.

A idéntico resultado se llegaría de aplicar a los referidos contratos la primera regla subsidiaria, esto es, la contenida en el apartado 2 del art. 4 del Reglamento “Roma I” (prestación característica del contrato de agencia y de mediación de seguros), cuya intervención no es necesaria.

En mi opinión, desde una perspectiva *de lege ferenda*, resultaría más acertado aplicar a los contratos internacionales de intermediación de seguros privados la ley del mercado afectado, esto es, la ley del país en el cual el agente de seguros o, en su caso, el corredor de seguros realiza su actividad profesional.

Al margen de lo señalado, otras relaciones jurídicas, que se derivan de la contratación de seguros a través de intermediarios, también quedan sujetas al régimen general de Derecho aplicable consagrado por los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”.

Tal es el caso de la eventual relación jurídica existente, en su caso, entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros, la cual se materializaría en un contrato mercantil que quedaría sometido a los referidos preceptos del Reglamento. La entidad aseguradora y el corredor de seguros pueden celebrar entre ellos contratos mercantiles, aunque sólo una vez que haya sido concluido el correspondiente contrato de seguro. Por virtud de dichos contratos mercantiles, las partes pueden pactar la gestión de la póliza, el cobro de las primas, la gestión de los siniestros, etc. En cualquier caso, las gestiones pactadas no pueden colocar al corredor de seguros en un conflicto de intereses. Dicho contrato mercantil, al cual le son aplicables los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”, que es un contrato de gestión de negocios ajenos, es susceptible de quedar encuadrado dentro de la categoría jurídica amplia de “contrato de prestación de servicios”, por lo que resultaría aplicable, en defecto de elección de ley de conformidad con el art. 3 del Reglamento “Roma I”, la norma de conflicto relativa a los mismos, esto es, el apartado 1b) del art. 4 del Reglamento.

Del mismo modo, el mediador de seguros puede celebrar contratos mercantiles con sus auxiliares externos. Los auxiliares externos no tienen la condición de mediadores de seguros, pero colaboran con él en la distribución de productos de seguros, actuando por cuenta del mediador. En el supuesto de celebrarse dichos contratos, los mismos quedarán sujetos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, esto es, a los arts. 3 y 4 del susodicho cuerpo legal. Por lo tanto, en defecto de elección de ley, a dichos contratos se les aplicará la norma de conflicto relativa a los “contratos de prestación de servicios” contenida en el apartado 1b) del art. 4 del Reglamento.

En suma, los contratos de intermediación de seguros quedan sometidos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I” (arts. 3 y 4). Tal como hemos señalado, el tratamiento conflictual es idéntico para las distintas relaciones jurídicas involucradas en la mediación de seguros, esto es, para las diferentes modalidades de contratos celebrados por los intermediarios de seguros: agentes de

seguros exclusivos, agentes de seguros vinculados y corredores de seguros (tanto a la relación jurídica de éste con el cliente como, en su caso, con la entidad aseguradora)³⁵.

28. Los contratos celebrados por los intermediarios de seguros son objeto de un tratamiento conflictual independiente al de los contratos de seguro. Como es sabido, a través de los contratos de seguro se materializa la relación jurídica existente entre la entidad aseguradora y el cliente o asegurado. Como anteriormente pusimos de relieve, a diferencia de lo que acontecía en el marco del Convenio de Roma de 1980, los contratos de seguro, con la excepción aislada anteriormente mencionada, quedan incluidos dentro del ámbito material del Reglamento “Roma I”. Pero no todos los contratos de seguro quedan incluidos dentro del ámbito del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, el cual consagra una norma de conflicto específica relativa a los contratos de seguro. A los contratos de seguro que quedan excluidos del art. 7 del Reglamento “Roma I” se les aplica el régimen general de Derecho aplicable, esto es, los arts. 3 y 4 del Reglamento. Por lo tanto, los contratos de seguro están sujetos a una solución conflictual diferente a la aplicable a los contratos de intermediación de seguros y a los contratos de reaseguro; a los cuales se les aplica, como hemos señalado, el régimen general de Derecho aplicable del Reglamento. La solución conflictual varía también en función de la tipología de contrato de seguro, que es muy variada. De este modo, como anteriormente se adelantó, el régimen de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, así como la norma de conflicto aplicable, son susceptibles de variar en función del tipo de contrato de seguro de que se trate³⁶.

En suma, como hemos puesto de manifiesto más arriba, el tratamiento o solución conflictual difiere en función del tipo de contrato internacional de seguro de que se trate; siendo éste un factor estrechamente interrelacionado con el nivel de protección requerido. Dicho nivel varía, en gran medida, en función de la modalidad de seguro ante la cual nos encontremos.

29. En concreto, quedan incluidos dentro del ámbito del régimen especial de Derecho aplicable, contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, por un lado, todos los contratos de seguro que cubran grandes riesgos, para los cuales el legislador europeo ha consagrado una norma de conflicto especial en el apartado 2 del art. 7 del Reglamento. Dicha norma de conflicto incrementa la autonomía conflictual para esta modalidad de contrato de seguro (al remitirse al art. 3 del Reglamento sin establecer limitaciones adicionales a la autonomía conflictual de las partes); lo cual, a mi modo de ver, es lógico, ya que en este tipo de contrato de seguro se presume que no existe un desequilibrio en la posición negocial de las partes, esto es, se presume que no existe una parte débil de la relación litigiosa.

Teniendo en cuenta lo señalado, me parece digno de crítica que el legislador europeo haya sometido esta modalidad de contrato de seguro al régimen especial de ley aplicable del Reglamento

³⁵ Un exhaustivo análisis de la problemática, de la ley aplicable a los contratos internacionales de intermediación de seguros y de reaseguros privados, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, “La mediación de seguros privados desde la perspectiva del derecho internacional privado español: problemas de ley aplicable”, en M.R. QUINTÁNS EIRAS (Directora), *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, pp. 677-715, especialmente pp. 689-712; así como M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La mediación en el contrato de reaseguro: algunas cuestiones de Derecho internacional privado”, *ibid.*, pp. 717-742.

³⁶ Para un exhaustivo análisis de los contratos de seguro, desde la perspectiva de la ley aplicable, *vid.*, muy especialmente, C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, vol. I, núm. 2, pp. 30-51; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contratos internacionales (VIII). Contrato internacional de seguro”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 1053-1085, pp. 1071-1085; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ/J.M. ALMUDÍ CID, “El contrato internacional de seguro”, en M. IZQUIERDO TOLSADA (Director), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, Tomo XVII, Los contratos internacionales (II)*, Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014, pp. 581-635, pp. 603-626; V. FUENTES CAMACHO, “Los contratos internacionales de seguro antes y a partir del Reglamento Roma I”, *Revista Española de Seguros*, El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro, 2009, núm. 140, pp. 617-634; U. PETER GRUBER, “Insurance contracts”, en F. FERRARI/S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, European law publishers, 2009, pp. 109-128; H. HEISS, “Insurance contracts in ‘Rome I’: Another Recent Failure of the European Legislature”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen “Rome I” relative à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève, Zürich, Bâle, Schulthess, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, 2008, pp. 97-119; así como A. STAUDINGER, “Internationales Versicherungsvertragsrecht – (k)ein Thema für Rom I?”, en FERRARI/LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Band. 10, Gottmadingen, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007, pp. 235-243.

“Roma I”, por no existir una parte del contrato especialmente necesitada de protección y por responder el régimen especial de Derecho aplicable, fundamentalmente, a una finalidad tuitiva. En concreto, como ya se comentó en un apartado anterior del presente trabajo, detrás del art. 7 del Reglamento “Roma I” subyace una finalidad de protección del asegurado o tomador del seguro.

En defecto de elección de ley por las partes de conformidad con el art. 3 del Reglamento “Roma I”, el contrato de seguro que cubra un gran riesgo se regirá “por la ley del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual”. Por lo tanto, el precepto se centra, para determinar la ley objetivamente aplicable de esta modalidad de contrato de seguro, en el asegurador, esto es, en la parte supuestamente fuerte de los contratos de seguro. Pero, como hemos señalado más arriba, en este tipo de contrato de seguro no existe un desequilibrio en la posición negocial de las partes.

Es preciso tener en cuenta que el legislador europeo ofrece un concepto autónomo, derivado de una Directiva europea de seguros, de lo que ha de entenderse por “contrato de seguro que cubra un gran riesgo”³⁷, lo cual constituye una manifestación del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Al margen de lo señalado, el contrato de seguro que cubre grandes riesgos es el único tipo de contrato de seguro en el que no influye, a los efectos de la solución conflictual, el lugar de localización del riesgo cubierto³⁸; por lo que el tratamiento conflictual de dicha categoría de contrato de seguro no varía en función de si el riesgo cubierto se encuentra localizado en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado tercero.

Otra peculiaridad de esta modalidad de contrato de seguro es que el legislador europeo ha previsto sólo para este tipo contractual una cláusula de excepción. Esta cláusula de excepción es muy específica, ya que sólo es operativa en relación con esta categoría contractual. El legislador no ha consagrado ninguna cláusula de excepción para los restantes contratos de seguro. La cláusula de excepción de alcance particular, prevista por el art. 7.2 del Reglamento “Roma I” para los contratos de seguro que cubran un gran riesgo, es prácticamente idéntica a la contemplada en el art. 5.3 del Reglamento para los contratos de transporte (tanto de mercancías como de pasajeros): si “del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato (se está refiriendo únicamente al contrato de seguro que cubra un gran riesgo) presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país”³⁹, es decir, la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Por medio de dicho término (“manifiestamente”), el legislador europeo ha querido recalcar el carácter excepcional de la cláusula.

A mi modo de ver, estas son las peculiaridades más llamativas y de mayor repercusión práctica, en el ámbito del Reglamento “Roma I”, de los contratos de seguro que cubren grandes riesgos.

30. Por otro lado, tal como se desprende del art. 7.1 del Reglamento, quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del régimen especial de Derecho aplicable, contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, los contratos de seguro que cubran riesgos localizados en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea (salvo que se trate de un contrato de seguro que cubra un gran riesgo), para los cuales el legislador europeo ha previsto una norma de conflicto en el apartado 3 del art. 7 del Reglamento “Roma I”.

El art. 7 del Reglamento “Roma I” puntualiza, en su apartado 5, que cuando un contrato de seguro, que no cubra un gran riesgo, cubra riesgos situados en más de un Estado miembro, “el contrato se considerará constituido por diversos contratos, cada uno de los cuales se refiere únicamente a un Estado miembro”. Esta puntualización también se aplica a los contratos de seguro obligatorios.

En relación con esta modalidad de contrato de seguro (los que cubren un riesgo localizado en un Estado miembro de la Unión Europea), el legislador europeo ha consagrado una autonomía conflictual limitada en cuanto a las leyes susceptibles de elección; las cuales están estrechamente vinculadas con el contrato de seguro en cuestión⁴⁰.

³⁷ Vid. el apartado 2 del art. 7 del Reglamento “Roma I”.

³⁸ Tal como pone de manifiesto el apartado 1 del art. 7 del Reglamento “Roma I”, el presente artículo se aplicará a los contratos a que se refiere el apartado 2, “independientemente de que el riesgo que cubran se localice o no en un Estado miembro”.

³⁹ La cursiva es nuestra.

⁴⁰ Vid. el apartado 3 del art. 7 del Reglamento “Roma I”. En alguno de los supuestos contemplados por dicho apartado, “si los Estados miembros a los que dichos apartados se refieren (a, b o e) conceden mayor libertad de elección en cuanto a la ley aplicable al contrato de seguro, las partes podrán hacer uso de tal libertad”.

En defecto de elección de ley por las partes en los términos señalados, el contrato de seguro, relativo a un riesgo localizado en un Estado miembro de la Unión, se regirá por la ley del “Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato”. Por medio de esta última coetilla del art. 7.3 del Reglamento, el legislador europeo resuelve el problema del conflicto móvil, al especificar el momento en el cual ha de concretarse el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto en defecto de elección de ley: el de la celebración del correspondiente contrato de seguro.

31. Y, por último, también quedan incluidos dentro del ámbito del régimen especial de Derecho aplicable, contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, los contratos de seguro obligatorio, esto es, aquellos contratos de seguros que cubran riesgos para los que un Estado miembro imponga la obligación de suscribir un seguro. El art. 7 del Reglamento “Roma I” consagra en su apartado 4, para dicha modalidad de contrato de seguro, determinadas normas adicionales.

32. En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que no todos los contratos de seguro quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del art. 7 del Reglamento “Roma I”. Ello implica que los contratos de seguro, excluidos de dicho régimen especial, hayan de quedar sometidos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento. Tal como se desprende del apartado 1º del art. 7 del Reglamento, los contratos de seguro que cubran riesgos localizados en un Estado no miembro de la Unión Europea, salvo que cubran un gran riesgo, quedarán sujetos al régimen general de Derecho aplicable, es decir, al régimen contenido, fundamentalmente, en los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”.

Por lo tanto, de lo señalado se desprende que dichos contratos internacionales de seguro reciben el mismo tratamiento conflictual que los contratos internacionales de reaseguro y que los contratos internacionales de intermediación de seguros privados, es decir, que los contratos de agencia de seguros, que los contratos de corretaje o de mediación de seguros y que los restantes contratos internacionales suscritos por los intermediarios de seguros.

El Reglamento “Roma I”, en su Considerando 33, nos aclara qué ocurre en los supuestos híbridos, esto es, cuando “un contrato de seguro que no cubre un gran riesgo cubra varios riesgos de los que uno como mínimo está situado en un Estado miembro y uno como mínimo está situado en un tercer país”. En tal caso, tal como señala el legislador europeo, “las disposiciones especiales del presente Reglamento relativas a los contratos de seguro únicamente deben aplicarse al riesgo o riesgos en el Estado miembro o en los Estados miembros de que se trata”. Dicha aclaración es clave, ya que, como he puesto de manifiesto más arriba, el criterio del lugar de localización del riesgo cubierto, en el área de la Unión Europea o en un tercer Estado, es fundamental a los efectos del tratamiento conflictual del contrato internacional de seguro.

Teniendo en cuenta el mencionado criterio, es básico que el legislador europeo nos aclare cuál es, a los efectos del Reglamento “Roma I”, el lugar de localización del riesgo cubierto. Respondiendo a esta necesidad, el legislador europeo especifica, en el apartado 6 del art. 7 del Reglamento “Roma I”, a los efectos del referido precepto, que el país en el que se localiza el riesgo habrá de determinarse de conformidad con lo previsto en las Directivas de la Unión Europea sobre seguros. El recurso, en el marco del Reglamento “Roma I”, a un concepto autónomo supone una manifestación más del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. De este modo, los instrumentos normativos de la Unión, implicados en este sector jurídico, parten de un mismo concepto. A mi modo de ver es un acierto que el legislador europeo haya consagrado un concepto uniforme, válido para todos los Estados miembros de la Unión Europea, en relación con una cuestión tan relevante a efectos de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de seguro. Ello denota una coherencia, en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en lo que respecta a conceptos clave.

Sin embargo, tal coherencia, demandada por el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, no existe desde otro punto de vista, en cuanto que, en relación con los susodichos contratos internacionales de seguro, por la mera localización del riesgo cubierto en un tercer Estado, el Reglamento “Roma I” no tiene en cuenta el nivel de protección requerido por el tipo de contrato de seguro de que se trate. Desde este enfoque, no existe sintonía entre el Reglamento “Roma I” y las Directivas europeas de seguros, cuyas disposiciones materiales responden a una finalidad tuitiva, de

protección del asegurado o tomador del seguro. A mi modo de ver, dicho déficit o falta de coherencia es merecedor de una crítica severa. La exclusión, del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, de los contratos internacionales de seguro que cubran riesgos localizados en un Estado no miembro de la Unión Europea, trae causa del régimen existente en el marco del antecesor del Reglamento: el Convenio de Roma de 1980. En el ámbito de dicho Convenio, los susodichos contratos internacionales de seguro eran objeto de regulación en el plano conflictual por Directivas europeas, lo cual justificaba la mencionada exclusión. Pero en el marco del Reglamento “Roma I”, la justificación de dicha exclusión carece de sentido, de razón de ser, ya que las normas de conflicto de las Directivas de la Unión Europea sobre seguros han sido trasladadas, por el legislador europeo, al art. 7 del Reglamento “Roma I”.

33. De lo señalado más arriba se desprende una acentuada especificidad o especialización, en las soluciones conflictuales, de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador. Ello está en sintonía con la tendencia general del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia contractual⁴¹. Dicha tendencia va encaminada, con carácter general, a obtener una mayor previsibilidad; lo cual, a mi modo de ver, es más que discutible que se haya logrado en materia de seguros, teniendo en cuenta la extrema complejidad de su regulación y su deficiente calidad técnica.

3. La necesaria coordinación de las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros con el Reglamento “Roma I”: bases del problema

34. Como anteriormente pusimos de manifiesto, uno de los factores a considerar es la amplia diversidad o acentuada dispersión normativa existente en el mercado asegurador⁴², ya que, en el susodicho sector, coexisten los textos de Derecho internacional privado con las Directivas europeas del mercado asegurador. En concreto, en sede de ley aplicable, se produce una coexistencia de las disposiciones materiales de carácter imperativo de ciertas Directivas europeas sectoriales (de seguros, de distribución de seguros y subsidiariamente, en el contrato de agencia de seguros, de la Directiva de agencia) y, más en concreto, de sus normas nacionales de transposición, con las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma I”. Ello plantea complejos problemas de coordinación, los cuales han de resolverse con arreglo al principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Como hemos puesto de relieve en el apartado anterior, el Reglamento “Roma I” contiene, por lo que al mercado asegurador se refiere, diversas manifestaciones del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: entre ellas, el apartado 2j) del art. 1 (al definir un supuesto de contrato de seguro muy específico que queda excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento), el apartado 4 del art. 1 (al definir lo que se entiende por “Estado miembro” a los efectos de los arts. 3.4 y 7 del Reglamento), el apartado 2 del art. 7 (al contener un concepto autónomo de “contrato de seguro que cubra un gran riesgo), así como el apartado 6 del art. 7 (al ofrecer un concepto autónomo de lugar de localización del riesgo). Pero el principio de conciliación del sistema jurídico de la Unión Europea no se materializa exclusivamente en la elaboración por el legislador europeo de conceptos autónomos, sino que va mucho más allá.

35. La acusada concurrencia normativa, existente en el sector de la distribución de los seguros privados, en el que coexiste el marco normativo general y el específico, habrá de hacerse frente partiendo del conocido principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea; el cual proyecta, al ámbito del Derecho de la Unión Europea, la coherencia valorativa que ha de existir, en el marco de los ordenamientos jurídicos estatales, entre su sistema de Derecho internacional privado y el Derecho privado interno del Estado en cuestión. En aras de hacer efectivo el susodicho principio, es necesario encontrar mecanismos o vías que permitan alcanzar una armonía o coherencia de valores entre el Dere-

⁴¹ Por lo que a dicha tendencia se refiere, *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *CDT*, 2012, vol. 4, núm. 2, pp. 23-48.

⁴² En relación con el marco normativo de los contratos internacionales existentes en el mercado asegurador, en sede de Derecho aplicable, *vid.* el apartado II del presente estudio.

cho internacional privado de la UE (Reglamento “Roma I”/Reglamento “Bruselas I bis”) y el Derecho europeo material, ya que ambos forman parte de un mismo ordenamiento jurídico⁴³. Teniendo en cuenta el principio de conciliación del sistema jurídico de la Unión Europea, se ha de tender a la consecución de una “interpretación armoniosa” de los instrumentos europeos aplicables a los contratos, concibiéndolos como un todo o conjunto normativo unitario y coherente, y no como meros compartimentos estancos ni como textos individualmente considerados e independientes entre sí. Los instrumentos europeos (con independencia de que los mismos contengan normas que determinan la ley aplicable, normas de Derecho Procesal Civil Internacional o meras disposiciones materiales) han de estar al servicio de los principios del mercado interior, de sus objetivos; siendo una de sus finalidades principales la de homogenizar las condiciones de competencia en el marco del espacio europeo. En suma, el Reglamento “Roma I”, el Reglamento “Bruselas I bis” y el Derecho europeo derivado (dentro del cual destacan las Directivas europeas sectoriales) han de considerarse como instrumentos complementarios⁴⁴.

36. En relación con los problemas de coordinación o conciliación de las disposiciones materiales de carácter imperativo de la anteriormente mentada Directiva europea sobre la distribución de seguros con el Reglamento “Roma I”, es preciso poner de relieve que existen dos mecanismos de conciliación.

Por un lado, a mi modo de ver, la llamada cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea constituye el mecanismo prioritario de conciliación de la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros con el Reglamento “Roma I”. Dicha cláusula general, que ha sido consagrada por el apartado 4 del art. 3 del Reglamento, es considerada como una de las principales novedades del mismo. Como es sabido, la susodicha cláusula únicamente opera en el marco del régimen general de Derecho aplicable del Reglamento; por lo que sólo es susceptible de operar en relación con los contratos de reaseguro y en los contratos de intermediación de seguros (en todas sus modalidades); pero no en los contratos de seguro, ya que para la operatividad de la mencionada cláusula general es imprescindible, además de haber elegido las partes la ley de un tercer Estado, que todos los elementos del contrato internacional estén vinculados al territorio o espacio de la Unión Europea, y en los contratos de seguro que cubren riesgos localizados en un Estado no miembro de la Unión Europea, que son los únicos contratos de seguro que quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable (salvo que cubran un gran riesgo [ya que estos últimos siempre quedan sometidos al art. 7 del Reglamento]), un elemento relevante (“pertinente” según el Reglamento) del contrato está conectado a un tercer Estado, por lo que no puede operar dicha cláusula.

En relación con los contratos de seguro, únicamente son susceptibles de intervenir, en aras de alcanzar la ansiada conciliación de la Directiva sobre la distribución de seguros con el Reglamento “Roma I”, las normas materiales internacionalmente imperativas, en concreto, las del ordenamiento jurídico del foro. Las “leyes de policía”, que aparecen reguladas en el art. 9 del Reglamento, son susceptibles de operar en todos los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador (contratos de reaseguro, contratos de intermediación de seguros y contratos de seguro), ya que las leyes de policía, aunque a mi modo de ver constituyen un mecanismo subsidiario de conciliación de las Directivas europeas sectoriales con el Reglamento “Roma I” (ya que, de concurrir los presupuestos de la mentada cláusula

⁴³ Los problemas de delimitación existentes, en relación con la problemática analizada, entre el marco normativo general y el específico y, más en concreto, entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las disposiciones materiales imperativas de la Directiva de distribución de seguros, o en su caso, de la Directiva de agencia comercial, habrán de resolverse partiendo del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En relación con el referido principio, *vid.* E. JAYME/C. KOHLER, «Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien», *IPRax*, 1993, núm. 6, pp. 357-371; *id.*, «L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, vol. 84, núm. 1, pp. 1-40. Por lo que respecta a las normas pertenecientes al sector del Derecho aplicable, la exigencia de la consecución de compatibilidad o de conciliación, en el seno del sistema jurídico comunitario, fue expresamente puesta de manifiesto por el apartado 51c) del denominado Plan de Acción de Viena del Consejo y la Comisión, el cual fue aprobado por el Consejo en el año 1998 (*DOCE*, de 23 de enero de 1999, núm. C 19/1).

⁴⁴ En relación con la necesidad de conciliar o armonizar los referidos cuerpos normativos de la Unión Europea, *vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 45-60, especialmente pp. 45-53.

general se ha de otorgar primacía a la misma), ofrecen una protección menos parcial, más completa, que la referida cláusula general en la medida en que son susceptibles de intervenir tanto en el marco del régimen general de Derecho aplicable (tanto en relación con el art. 3 como cuando resulte aplicable el art. 4) como del régimen especial; por lo que cubren la laguna anterior en los casos en que no pueda intervenir la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Desde mi punto de vista, el carácter excesivamente restrictivo de la definición de “ley de policía”, contenida en el apartado 1 del art. 9 del Reglamento, no supone un obstáculo a su eventual intervención en el mercado asegurador, ya que la mentada Directiva sobre la distribución de seguros, al igual que las Directivas europeas de seguros y que la Directiva de agencia comercial, presenta dos finalidades: por un lado, favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior y, por otro lado, la protección de la parte débil de la relación litigiosa.

LA OPOSICIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

THE OPPOSITION OF THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIME AND THE PROTECTION OF THE THIRD PARTY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Prof. Ayudante doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
orcid ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 31.05.2017 / Aceptado: 07.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3864>

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto el estudio de la protección que el tercero que se relaciona con persona casada tiene en el ordenamiento jurídico español. Este estudio, aunque no en exclusiva, se centrará en las soluciones que el Derecho internacional privado español brinda al respecto. La contratación entre particulares donde existe un elemento de extranjería está a la orden día, no es una ninguna novedad. Sin embargo, cuando uno de los contratantes no cumple con lo pactado y se convierte en deudor, la otra parte (el tercero) puede quedar en una situación de desprotección si dicho deudor es una persona casada. Tal desprotección no es por el hecho de su estado civil, sino debido a que el hecho de estar casado implica cambios en el patrimonio y de cómo éste debe responder en el tráfico jurídico. En definitiva, tener información sobre el régimen económico matrimonial de las personas con las que se contrata es importante. Pero aun así, hay muchas ocasiones en las que dicha información no existe en un Registro público español, o aun existiendo la información, ésta es errónea, por lo que el tercero queda en una situación incierta que debería intentar mitigar.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, tercero, ley aplicable, cónyuges, deuda.

Abstract: This paper studies the protection the Spanish legal order gives to a third party who is related with a married person. This study, although not exclusively, will focus on the solutions that Spanish private international law provides in this regard. The contracts where there is a foreigner element are not a novelty. However, when one of the parties fails to comply with the agreement and becomes a debtor, the other party (the third party) may be in a situation of lack of protection if said debtor is a married person. Such lack of protection is not due to the fact of his marital status, it is because being married implies changes in the patrimony and how this must respond in the legal traffic. In short, having information about the matrimonial property regime of the people with whom you contract is essential. But even so, there are many occasions that such information does not exist in a Spanish Public Registry, or although it is existed, is wrong, so the third is in an uncertain situation that must alleviate.

Keywords: matrimonial property regime, third, applicable law, spouses, debt.

Sumario: I. Introducción. II. Los factores que permiten que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede ser oponible a terceros. 1. Introducción. 2. La aplicación de la Ley que rige el régimen económico matrimonial a terceros conforme el Reglamento europeo sobre régimen

económico matrimonial. 3. La oposición de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial frente a un tercero en defecto de aplicación del Régimen europeo sobre régimen económico matrimonial. III. La publicidad como medio de protección del tercero en Derecho español. 1. Introducción. 2. La protección del tercero cuando existe publicidad en el Registro civil. A) Aproximación inicial. B) Matrimonio inscrito en el Registro Civil español cuyo régimen económico matrimonial no es pactado. C) Matrimonio inscrito en el Registro Civil español cuyo régimen económico matrimonial sí es pactado. D) La protección del tercero cuando existe publicidad en otros registros públicos españoles que no son el Registro Civil. IV. La protección del tercero cuando no existe publicidad registral en España. V. las anotaciones preventivas de embargo. VI. Los efectos que provoca en el tercero el cambio de régimen económico matrimonial. 1. Aproximación inicial. 2 El tipo de cambio y su origen. 3. La publicidad del cambio. 4. Los derechos adquiridos por tercero conforme al régimen anterior.

Introducción

1. Las relaciones jurídicas que desarrollan los cónyuges en el tráfico jurídico no tienen las mismas consecuencias jurídicas que las de una persona no casada. Especialmente nos referimos a cuando alguno de los cónyuges entabla relaciones con un tercero. A éste le va a afectar el régimen económico matrimonial que han establecido los cónyuges, si el mismo se ha modificado o si existen capitulaciones matrimoniales o algún pacto entre ellos.

2. La publicidad registral, es decir, que quede constancia en un Registro público español del régimen económico matrimonial o los pactos establecidos entre los cónyuges es una vía de protección al tercero que contrate con los cónyuges. Sin embargo, en muchas ocasiones el sistema registral falla, hay errores o simplemente no se tiene intención de hacer público las cuestiones patrimoniales que afectan al matrimonio. Esta situación se acrecienta en los asuntos privados internacionales en los que los cónyuges son ambos extranjeros o siendo españoles alguno de ellos regulan su régimen económico matrimonial conforme Derecho extranjero o tienen bienes fuera del territorio nacional. En estos casos, el tercero que se relaciona con alguno de los cónyuges puede quedar totalmente desprotegido, ya que en el caso de ostentar un crédito frente alguno de los miembros del matrimonio debería poder conocer su régimen económico matrimonial. Este aspecto será crucial para poder cobrar una posible deuda, ya que si los bienes pertenecen a uno sólo de los cónyuges, y no es el cónyuge deudor, el tercero verá que su intento de cobro fracasa.

3. Por lo tanto, en primer lugar, lo importante para el tercero será averiguar el régimen económico matrimonial mediante el cual operan los cónyuges en el tráfico jurídico. Una vez determinado este, será necesario apreciar si el mismo es oponible al tercero, para ello será esencial determinar la Ley aplicable para la oposición al tercero.

4. En Derecho Internacional privado español no hay normas de conflicto específicas para la protección del tercero¹. En poco tiempo esta ausencia no será relevante debido a la previsión que hace el legislador europeo en el *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 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 económico matrimoniales* (en adelante, Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial) sobre la cuestión². Aun así el citado Reglamento no soluciona todos los problemas que surgen para la protección del tercero. Por tal motivo será necesario acudir en algunos casos a la ley material española para saber cómo se puede proteger al tercero. En particular, será necesario tener en cuenta el régimen de publicidad registral que existe en España. El problema es que este régimen, en principio, no está previsto para asuntos de Derecho Internacional privado, así habrá supuestos en los que no será posible dar información registral sobre determinados

¹ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 146. A diferencia del Derecho español hay otros ordenamientos como el suizo que sí disponen de normas de conflicto que permiten la protección del tercero (art. 57 Ley federal suiza de 18 de diciembre de 1987 sobre Derecho internacional privado).

² DOUE L 183/1, de 8 de julio de 2016.

regímenes económicos matrimoniales, simplemente porque el matrimonio no puede acceder al Registro Civil por ser ambos cónyuges extranjeros. En estos casos habrá que hacer una combinación armónica de la diferente normativa existente, tanto material como conflictual, española y extranjera, en función del supuesto en el que nos encontremos.

II. Los factores que permiten que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede ser oponible a terceros

1. Introducción

5. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial se ocupa de cuestiones muy variadas que afectan al patrimonio de los cónyuges. A este respecto, el Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial en su artículo 27 señala a efectos de dicha norma el ámbito de la Ley aplicable³. Así, podríamos destacar como aspectos incluidos todos aquellos relativos a la clasificación de los bienes de los cónyuges, como pasan de una categoría a otra, la responsabilidad de uno de los esposos frente a las deudas contraídas por el otro, la disolución del régimen económico... Además de los anteriores, un aspecto interesante a la luz del presente trabajo es el hecho de que el régimen económico matrimonial también se ocupa de determinar los efectos patrimoniales que dicho régimen presenta respecto a las relaciones que los cónyuges entablan con terceros. Esta cuestión, en principio, debería resolverse de acuerdo a la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Así, que el tercero conozca el régimen económico de los cónyuges con los que ha contratado será un aspecto esencial. Sin embargo, no siempre es fácil que el tercero conozca la Ley que rige el régimen económico de los cónyuges, especialmente cuando la ley que regula el régimen es extranjera. Por tanto, surge la duda de si en todo caso los cónyuges pueden oponer al tercero la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Para abordar la solución de este problema jurídico será necesario diferenciar entre lo dispuesto por el Derecho Internacional privado europeo y lo recogido en el Derecho internacional privado de producción interna.

2. La aplicación de la Ley que rige el régimen económico matrimonial a terceros conforme el Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial

6. El Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial en los arts. 22.3, 26.3, 27 letra f y 28 establece las condiciones en las que los cónyuges pueden oponer la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial a terceros que se relacionan con ellos. Este Reglamento, fruto de la cooperación reforzada entre 18 Estados miembros, entre los que se encuentra España, entró en vigor el pasado julio de 2016, aunque su aplicación integral tendrá lugar a partir de 29 de enero de 2019⁴.

³ Sobre este Reglamento, *vid. ad. ex.*, entre la doctrina española, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho Internacional privado: regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, Nº 40, septiembre, 2016; J. P. QUINZÁ REDONDO, Régimen Económico Matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 299-400; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea. La propuesta de Reglamento de marzo de 2011”, en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, M. A. PENADÉS FONS (Coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, pp. 555-571; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/ M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2012, pp.405-413. *Vid.* entre la doctrina extranjera, ad ex., J. BACHMANN, *Die neuen Rom IV-Verordnungen: auf dem Wege zu einem einheitlichen Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner*, Remscheid, Gardez! Verlag, 2016; A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF, y W. GEPHART, (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, págs. 231-247; C.M.V. CLARKSON, “Matrimonial property: the proposed EU Regulation”, *Trust&Trustees*, vol. 17, nº 9, october 2011, pp. 846-854; M. ESSER, *Die Beendigung ehelicher Güterstände mit Auslandsbezug in Deutschland und Frankreich: eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Kommissionsvorschläge zur EhegüterVO und PartgüterVO sowie der Regelungen zur Wahl-Zugewinnngemeinschaft*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2016; I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, págs. 199-215.

⁴ Art. 69.3 Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece

7. El art. 27.f señala que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se ocupará también de regular “*los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero*”. Sin embargo, el art. 28.1 matiza lo anterior recogiendo que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial sólo se podrá oponer al tercero cuando éste la conociera o debiera haberla conocido. Es más, el propio Reglamento establece diferentes supuestos en los que se presume que el tercero conoce la Ley aplicable al régimen económico designado por los cónyuges. Esos supuestos que señala el Reglamento podrían tener lugar cuando la Ley aplicable al régimen económico es:

- i) la Ley aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero; o
- ii) la Ley del país en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual; o
- iii) en el caso de que la controversia versara sobre bienes inmuebles, la Ley del lugar donde se halle el bien.

También se recoge en el art. 28.2 que al tercero se le podrá oponer la Ley aplicable al régimen económico matrimonial cuando los cónyuges hubieran dado publicidad a su régimen económico conforme a⁵:

- i) la Ley aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero; o
- ii) la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual; o
- iii) en el caso de los bienes inmuebles, la ley del Estado en el que se halle el bien.

Estas conexiones que presenta el Reglamento basadas en leyes cercanas a las partes persiguen la previsibilidad, evitar sorpresas al tercero. En definitiva, que pueda prever de forma segura y cierta cuándo se le va a aplicar la Ley que rige el régimen económico matrimonial de los cónyuges con los que se ha relacionado. Esta regulación que ofrece el Reglamento aporta seguridad jurídica al tercero ya que, aunque es cierto que no agota todos los supuestos que pueden tener lugar⁶, sí que quedan regulados una gran parte de ellos.

una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales europeo sobre régimen económico matrimonial (DOUE núm. 113, de 29 de abril de 2017, p. 62).

⁵ *Ejemplo práctico*. Cónyuges malteses con residencia habitual en Madrid que adquieren un bien inmueble sito en Marbella. Al registrar el bien en el Registro de la Propiedad no se hace mención alguna de su régimen económico matrimonial, tampoco en la proporción en la que el bien pertenece a cada uno de los cónyuges, sólo se hace la siguiente mención “La Ley maltesa es la Ley rectora de los efectos de su matrimonio”. Pasado un tiempo, la mujer contrajo deudas por valor de 200.000 euros debido a su condición de empresaria, un tercero acreedor pretende enajenar dicho bien inmueble sito en Marbella para poder cobrar su deuda pero el esposo se opone alegando que la mitad del bien es de su propiedad y que conforme a la Ley maltesa que rige su régimen de comunidad de bienes (art. 1339 CC maltés) primero se debe ir contra el patrimonio personal del cónyuge deudor y si no fuera suficiente únicamente contra la parte del bien que posea el cónyuge deudor. De este modo cabe preguntarse si sería posible oponer la Ley maltesa que es la Ley aplicable al régimen económico matrimonial al acreedor español. Siguiendo el razonamiento planteado por el *Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial* se podría decir que en este caso aunque no se hace mención expresa al régimen económico por el que se rigen los cónyuges sí que se señala la Ley aplicable al mismo, el cual es la Ley maltesa. Así cabe plantearse si este supuesto encajaría dentro del establecido por el art. 28.2 del *Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial*, ya que no se ha hecho publicidad de régimen en concreto pero sí de la Ley aplicable al mismo conforme a la Ley española que es la Ley de la residencia habitual de la cónyuge deudora y del acreedor. Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser afirmativa, el supuesto sí podría ser uno de los previstos en el art. 28.2 del Reglamento, ya que el acreedor español pudo prever al aparecer en el Registro de la propiedad que la Ley maltesa es la Ley aplicable al Régimen económico ya que se especificaba que dicha Ley era la que rige los efectos del matrimonio. Por tanto, al acreedor español se le podría oponer la Ley maltesa que es la Ley que rige el régimen económico matrimonial. Será dicha Ley la que determine en qué medida dicho bien inmueble puede ser embargado para satisfacer la deuda del tercero español. Sin embargo, no hay que olvidar que lo que conoce el tercero es la Ley aplicable al régimen, faltaría determinar el régimen concreto por el que se rigen los cónyuges dentro de dicho ordenamiento. Aquí es importante para el tercero conocer si existe pacto entre los cónyuges, en defecto de éste, el régimen aplicable debería ser el legal establecido por defecto en el Derecho maltés.

⁶ D. MARTINY, “The effects of marital property agreements in respect of third parties”, en A.L. Verbeke/ J.M.Sherpe/ C. Decker, T. Helms/P. Senaev, *Confronting the frontiers of family and succession law*. Liber amicorum Walter Pintens, Intersentia, 2012, p. 924.

El Reglamento con el fin de ser lo más exhaustivo posible recoge la Ley aplicable en los casos en los que no sea posible aplicar la Ley que regula el régimen económico matrimonial al tercero. En ese caso, conforme al art. 28.3 del Reglamento sería aplicable:

- i) la Ley aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, o
- ii) en el caso de los bienes inmuebles o de los bienes o derechos registrados, la ley del Estado en el que se halle el bien inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos.

8. Junto con la oposición de la Ley del régimen económico matrimonial a tercero, hay otros artículos a lo largo del Reglamento que se ocupan también de determinar cómo queda protegido el tercero cuando se relaciona con personas casadas. Así, el art. 22.3 señala que a los terceros no se les podrán aplicar los cambios retroactivos en la Ley aplicable cuando los mismos afectan negativamente a sus derechos.

3. La oposición de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial frente a un tercero en defecto de aplicación del Régimen europeo sobre régimen económico matrimonial

9. La aplicación del Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonio a partir del 29 de enero de 2019 hace necesario tener en cuenta lo dispuesto por el Derecho Internacional privado español en relación a la oposición al tercero de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Así, en este sentido, es posible destacar tres posibles soluciones doctrinales, ya que no hay que olvidar que no hay regulación legal al respecto en el sistema de Derecho Internacional privado español. Las alternativas serían las siguientes⁷:

En primer lugar se podría destacar la tesis de que para poder oponer a un tercero el régimen económico matrimonial por el que se rigen unos cónyuges es necesario seguir los criterios de la *Ley del país de la situación de los bienes*, ya sean muebles o inmuebles (art. 10.1 CC). Esta posición puede tener más sentido cuando se trata de bienes inmuebles, ya que el tercero puede saber perfectamente donde están sitios y consultar la legislación al respecto. Sin embargo, lo mismo no se puede predicar de los bienes muebles. Éstos podrían encontrarse en cualquier lugar, el tercero, en realidad podría no conocer con exactitud su ubicación, por lo que no podía conocer la Ley aplicable. Además, conviene no olvidar la función del art. 10.1 CC⁸. Su objetivo es regular la publicidad de las transacciones que tienen que ver con bienes concretos y determinados, no a la publicidad en general de los bienes integrados en un patrimonio como puede suceder con el conjunto de bienes que componen el patrimonio de un matrimonio⁹.

En segundo lugar, otra opción es que la Ley que determine si un concreto régimen puede oponerse o no a un tercero sea la Ley que regula el régimen económico matrimonial. Dicha Ley podría venir deter-

⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 215-217.

⁸ *Ejemplo práctico A.* Un matrimonio ruso adquiere un bien inmueble en Castellón en el verano de 2016. Las exigencias de publicidad que recaen sobre dicha transacción se rigen por el art. 10.1 CC. Así, por tanto, es la Ley del lugar donde se halle sito el inmueble es la que regirá las cuestiones que afectan a la publicidad, es decir, la Ley española. Uno de los cónyuges contrae deudas con un tercero español y éste intenta embargarle el bien inmueble, pero el cónyuge deudor intenta oponer su régimen económico matrimonial el cual se rige por el Derecho ruso. Dicho régimen podrá oponerse si efectivamente en el Registro de la propiedad quedó constancia de dicho régimen económico matrimonial.

Ejemplo práctico B. Un matrimonio de nacionalidad estadounidense pero que ha residido en Australia los últimos diez años se traslada a España recientemente. El marido emprende diferentes negocios en Madrid y contrae deudas por valor de 500.000 euros. El banco X, su principal acreedor, desea embargar todos los activos de los que se compone su patrimonio, el cual se conforma principalmente de dinero, acciones en bolsa y joyas. El señor. estadounidense se opone al embargo alegando que dicho patrimonio le pertenece de acuerdo a su régimen económico matrimonial sólo en un 30%, el 70% restante es de su esposa. Siguiendo esta tesis sustentada en el art. 10.1 CC, la ley que debe regir la posibilidad de oponer el tercero acreedor el régimen económico matrimonial debe ser la Ley del lugar donde están sitios los bienes. Como se trata de un patrimonio de bienes muebles, el tercero debería cerciorarse de qué dice la ley del país o países en el que se encuentran dichos bienes. Dicha situación es especialmente compleja y gravosa para un tercero, además puede hasta resultar inútil, ya que actualmente a golpe de click se pueden hacer transferencias bancarias que permitirían trasladar el dinero de un país a otro sin que el tercero pueda tener constancia de ello.

⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 215.

minada por los arts. 9.2 y 9.3 CC en la actualidad¹⁰. Esta solución podría ser la más adecuada debido a que respecta a la perfección la imperatividad de la norma de conflicto. Sin embargo, el problema surge cuando el tercero no tiene conocimiento del régimen económico por el que se rigen los cónyuges. Esta situación no es poco frecuente cuando se trata de matrimonio donde ambos cónyuges son extranjeros y no hay constancia alguna sobre su régimen en ningún registro español. Así, ante tal falta de información registral, al tercero no le quedaría más opción que averiguar el régimen. Pero puede suceder que la determinación del régimen no sea posible debido a que el tercero desconoce *ad ex.*, que los cónyuges en el momento de contraer matrimonio no ostentaban la misma nacionalidad que ostentan al contratar con el tercero¹¹.

Con el fin de evitar los efectos negativos de imponer al tercero la Ley aplicable al régimen económico matrimonial por el que se rigen el cónyuge o cónyuges con los que se ha relacionado cuando lo desconoce, algunos autores han considerado que la Ley aplicable debería ser la de Ley de la residencia habitual común del esposo deudor y del tercero¹². En atención a esta posición, la posibilidad de oponer el régimen económico matrimonial es decidida por la Ley de la residencia habitual común del cónyuge deudor y del tercero. Para que esta opción opere es necesario que se cumplan dos requisitos: 1) el régimen económico matrimonial debe ser válido conforme al Derecho que lo rige; 2) el tercero debe probar que no conocía que el Derecho extranjero era el que regía el régimen económico matrimonial de los cónyuges. Además dicha falta de conocimiento no puede deberse exclusivamente a falta de diligencia por parte del tercero. Esta solución de aplicar la Ley de la residencia habitual de las partes no debería aplicarse cuando el tercero sabe que el régimen económico de los cónyuges se rige por una Ley extranjera. En este caso debería aplicarse la Ley aplicable al régimen económico matrimonial¹³.

III. La publicidad registral como medio de protección del tercero en Derecho español

Introducción

10. Una vez determinada la Ley que rige la oposición a tercero de un régimen económico matrimonial es necesario plantearse el escenario que tendría lugar cuando el problema jurídico tiene lugar en

¹⁰ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 216.

¹¹ *Ejemplo práctico*. Un señor de nacionalidad portuguesa debe a un señor español con residencia habitual en Badajoz 75.000 euros debido a transacción mediante la cual el señor portugués adquirió un coche de alta gama. La ley aplicable a la transacción es la Ley que rige el contrato, la cual vendrá determinada por el Reglamento Roma I y es la que determinará si el que reclama la deuda tiene tal derecho. Sin embargo, una vez reconocido su derecho de crédito, el tercero debería consultar el régimen económico matrimonial de su deudor a efectos de saber si los bienes que comparte en España con su esposa están sujetos a un régimen de comunidad de bienes o de separación de bienes, cual es la cuota que posee cada uno sobre los mismos... Para llegar a dicha información debería determinar el régimen económico matrimonial de los cónyuges. En el caso de existir alguna información al respecto en algún registro español, la situación sería más fácil, pero en ausencia de ésta, debe conforme a las normas de conflicto españolas llegar a determinar el régimen económico de los cónyuges. Para eso, el tercero necesitaría saber la nacionalidad que ostentaban los cónyuges al momento de contraer matrimonio o la residencia habitual que ostentaban en aquel momento o si hay un pacto entre ellos donde se estipulan previsiones sobre su régimen económico. La falta de esta información llevaría no permitiría al tercero conocer el régimen económico matrimonial.

¹² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 216; Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 150-153.

¹³ *Ejemplo práctico*. Un señor argentino residente en España casado con brasileña residente también en España contrae deudas por valor de 50.000 euros. La entidad de crédito acreedora decide proceder al embargo. Sin embargo, el señor argentino opone la aplicación de su régimen económico matrimonial alegando que el bien inmueble que pretende embargar el tercero español sólo le corresponde a él en un 10%. Si el banco español, actuando de buena fe no ha tenido conocimiento de que dicho deudor está inmerso en un régimen económico matrimonial en el que la Ley aplicable es extranjera, la Ley que determinará si dicho régimen matrimonial argentino puede aplicarse será la Ley española. Ley de la residencia habitual del tercero y del deudor. La Ley española exige que para que un régimen extranjero pueda ser opuesto es necesario diferenciar dos supuestos. Si el régimen es pactado o no lo es. Si el régimen económico extranjero es pactado, es decir se recoge en un acuerdo celebrado antes o durante el matrimonio debe aparecer en el Registro Civil. La falta de publicidad en principio no permitiría su oposición en atención al Derecho español. Si el régimen no es pactado y es el régimen legal, el aplicable por defecto, debe quedar constancia de dicho régimen, al tercero se le debe informar, bien el propio cónyuge o puede constar en Registro público, *ad ex.*, en el Registro de la propiedad junto con la titularidad de un bien inmueble, si no, su oponibilidad a tercero conforme a Derecho español no será posible.

la esfera del ordenamiento español. Las soluciones que ofrece el Derecho español varían en función del supuesto en el que nos encontremos, ya que no es lo mismo el matrimonio que se rige por un régimen económico matrimonial extranjero y el mismo consta registrado en el ordenamiento español, que el matrimonio que alega regirse por un régimen económico matrimonial pactado por ambos pero del cual sólo existe constancia en un Registro público extranjero. Por tanto, si el matrimonio se encuentra inscrito en el Registro Civil o existe mención a un pacto entre los cónyuges en algún registro público, el tercero puede contar con información que le puede ayudar en su relación con el cónyuge deudor. De este modo, vamos a diferenciar diferentes supuestos: 1) matrimonio inscrito en el Registro Civil sin mención a régimen matrimonial pactado; 2) matrimonio inscrito en el Registro Civil donde constan capitulaciones matrimoniales; 3) La protección del tercero cuando existe publicidad en otros registros públicos españoles que no son el Registro Civil.

2. La protección del tercero cuando existe publicidad en el Registro civil

A) Matrimonio inscrito en el Registro Civil español cuyo régimen económico matrimonial no es pactado

11. En este apartado el supuesto de hecho del que partimos es el siguiente: matrimonio inscrito sin mención a régimen económico matrimonial pactado. En la actualidad como abordaremos más adelante sólo aparece junto con la inscripción del matrimonio la existencia de pacto capitular. Así, por tanto, si no existe pacto entre los cónyuges, no tiene por qué especificarse el régimen económico matrimonial concreto por el que se rigen los cónyuges. Esta situación nos podría plantear dos problemas jurídicos diferentes. De un lado, el tercero debe averiguar cuál es la Ley aplicable al régimen económico de los cónyuges. Decimos averiguar porque partimos de que no hay constancia alguna de dicha Ley o del régimen concreto en el Registro Civil. De otro, una vez que se ha localizado el Derecho aplicable, se van a plantear unos u otros problemas en función del tipo de Ley que resulte de aplicación, ya sea la española o una extranjera.

12. En primer lugar, en cuanto a la averiguación del régimen económico, es necesario acudir a las normas de conflicto sobre la materia, en concreto al art. 9.2 del Código Civil. Este artículo es la norma de conflicto que determina la Ley aplicable a los efectos del matrimonio en defecto de pacto¹⁴. La Ley aplicable al régimen económico conforme al art. 9.2 del Código Civil español puede ser la ley nacional común de los cónyuges al momento de contraer matrimonio, en defecto de esta, la ley personal o la de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges elegida en documento auténtico por ambos antes de la celebración del matrimonio, en defecto de elección, será aplicable la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y falta de la misma, la ley del lugar de celebración del matrimonio.

En muchas ocasiones sin la colaboración de las partes, el tercero va a tener difícil la determinación del Derecho aplicable. Ante la falta de información registral no va a poder llegar a saber con exactitud la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de su deudor. Por ese motivo, ha habido alguna propuesta doctrinal en la que se ha planteado si es excesivo exigir al tercero que conozca la condición de cónyuge de su deudor, si éste es extranjero o si está casado con extranjero, y que conozca también, por tanto, las normas de conflicto entran en juego para poder llegar al concreto Derecho aplicable. Según la Prof. ELENA RODRÍGUEZ PINEAU es necesario diferenciar el tipo de negocio que emprende el tercero con el cónyuge¹⁵. La diligencia exigida al tercero no debe ser la misma en un negocio de pequeña en-

¹⁴ Sobre el art. 9.2 del Código Civil, *vid., ad ex.*, con carácter general, M. AMORES CONRADI, "Las relaciones entre los cónyuges en el nuevo Derecho Internacional Privado de la familia: valores jurídicos y técnicos de reglamentación", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, nº 1, 1987, pp. 89-138; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado», *Anuario de Derecho Civil*, XLIV, 1991, pp. 626-634; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 195-207; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudios de DIPr.*, Granada, Comares, 2000, pp. 123-154; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 26-34.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales», en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (DIRS.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 357-370.

¹⁵ *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 151.

vergadura que en un negocio que implique un traspaso de una propiedad o de una cuantía que en caso de impago pueda acarrear una repercusión considerable en el patrimonio del tercero. Es decir, cuanto mayor envergadura económica suponga el negocio, mayor diligencia debe acompañar las actuaciones del tercero. Por lo tanto, la doctrina se ha planteado si el tercero podría utilizar la presunción que existe en nuestro ordenamiento interno para los matrimonios sin elemento extranjero que luego explicaremos más adelante (la aplicación del régimen legal en defecto de mención a pacto capitular) y así prescindir de la aplicación de las normas de conflicto españolas en la materia¹⁶.

Una u otra solución dependerá del grado de exigencia que debe recaer sobre un tercero que se relaciona con un contratante casado. Así, cabría preguntarse si debería el tercero informarse sobre la condición de cónyuge y de extranjero del otro contratante en defecto de publicidad registral. Pero aun así, nos surge la duda de si a pesar de que el negocio sea de cierta envergadura se le podría exigir al tercero que contrata con cónyuge extranjero o cónyuge casado con extranjero que conozca las normas de Derecho Internacional privado español aplicable a la materia (art. 9.2 Código Civil) y de que si resultara de aplicación un Derecho extranjero al régimen económico matrimonial debiera conocer el contenido de tal ordenamiento. El conocimiento del contenido de tal ordenamiento es esencial tanto para determinar el régimen económico matrimonial aplicable en defecto de pacto, como para fijar el régimen de responsabilidad de ese cónyuge con respecto a ese régimen extranjero.

Desde nuestro punto de vista, siguiendo la imperatividad de la norma de conflicto, el tercero debería acudir a las normas de Derecho internacional privado español aplicables en defecto de pacto para determinar el régimen económico de los cónyuges. Es decir, no consideramos que haya que dar el mismo tratamiento al matrimonio inscrito con elemento extranjero que sin elemento extranjero. No obstante, aunque consideramos que esta debería ser la regla general, hay situaciones en las que la falta de información con la que cuenta el tercero le impide aplicando el art. 9.2 del Código Civil llegar al concreto régimen económico. Por lo tanto, en esos casos, la aplicación de la Ley de la residencia habitual del cónyuge deudor y del tercero como Ley aplicable al régimen económico matrimonial podría ser una solución.

13. Una vez determinada la Ley aplicable, nos enfrentamos a un segundo problema, ya que puede suceder que el Derecho que resulte de aplicación sea un Derecho extranjero o se trate del Derecho español. En concreto, nos vamos a centrar en las cuestiones a tener en cuenta cuando el Derecho aplicable es el español. Aquí se van a diferenciar distintos supuestos:

14. 1º) *Cónyuges ambos españoles que comparten vecindad civil.* En el caso de cónyuges ambos españoles que inscriben su matrimonio en el Registro civil sin mención a pacto entre ellos existe la presunción de que su régimen económico es el determinado por ley salvo disposición en contrario. De este modo, si un matrimonio se encuentra inscrito en el Registro Civil y no aparece mención alguna sobre su régimen económico matrimonial se presume que su régimen económico matrimonial es el de gananciales si la vecindad de los cónyuges es la común. La falta de mención cuando el matrimonio tiene vecindad civil catalana, valenciana, balear... hace que la presunción sea a favor del régimen legal aplicable por defecto en dichos territorios, es decir, separación de bienes (estas son las presunciones a las que anteriormente se hacía referencia)¹⁷. Esto es así debido a que por mandato del art. 14 del Código Civil la sujeción de una persona al derecho civil común o al especial o al foral es determinada conforme a la vecindad civil.

¹⁶ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 151-153.

¹⁷ No obstante, en cuanto a la Comunidad valenciana no se puede dejar de mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 en la que se declara nula e inconstitucional la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial. En concreto el alto Tribunal considera que el legislador autonómico se excedió en sus competencias legislativas en materia civil en atención al art. 149.1.8 CE. Sobre los efectos jurídicos de la sentencia decir que no afectan a las situaciones jurídicas consolidadas. Por lo tanto, una persona con dicha vecindad civil puede seguir gobernando su patrimonio conyugal conforme al mismo régimen económico que venía haciéndolo antes de la sentencia, salvo que su voluntad cambie y quede constancia del cambio mediante capitulaciones matrimoniales. Del mismo modo, tampoco se alteran las relaciones de los cónyuges con respecto a terceros. Para un mayor detalle sobre esta sentencia vid. M. YZQUIERDO TOLSADA, "El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano", *CDT*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 330-347.

La determinación de la vecindad civil puede suponer una ardua tarea. De este modo, la regla general es que ésta se determina conforme a la vecindad civil que tengas los padres (art. 14 Código Civil español).

15. 2º) *Cónyuges españoles que no comparten vecindad civil.* La cuestión se recrudece cuando los cónyuges no comparten vecindad civil, el matrimonio no la altera, pudiendo los cónyuges optar por la vecindad civil del otro. Así, cuando unos cónyuges cuentan con vecindad civil diferente (uno tiene vecindad civil común y el otro conforme a un territorio con Derecho propio) surge la duda de cuál es el Derecho aplicable en defecto de pacto, si el Derecho civil común o el foral o especial. Esta situación plantea un problema de Derecho interregional que debería resolverse conforme a las normas de Derecho Internacional privado contenidas en el título preliminar del Código Civil, especialmente habría que tener en consideración el art. 16 del Código Civil.

16. 3º) *Cónyuges ambos extranjeros o Cónyuges español y extranjero.* Las cuestiones que plantábamos con anterioridad se agravan cuando el Derecho español resulta de aplicación (*ad ex.*, así lo ha determinado la norma de conflicto) y se trata extranjeros residentes en España, los cuales no ostentan vecindad civil, ya que la vecindad civil sólo la ostentan los nacionales españoles. Aun así, es necesario determinar qué Derecho español resulta de aplicación, si el común o el foral o especial. Ante la ausencia de una previsión legal específica al respecto se podría acudir al Derecho más próximo o más vinculado con el asunto¹⁸. Si la norma de conflicto permitiera individualizar y hacer aplicable un concreto Derecho español, *ad ex.* utiliza como punto de conexión la residencia habitual, sería una forma de llegar al Derecho civil concreto dentro del ordenamiento español. Se podría aplicar el Derecho de la Comunidad Autónoma en la que residen los cónyuges justo después de la celebración del matrimonio¹⁹.

17. Como ya se ha mencionado, en la actualidad sólo existe la obligación de inscribir en el Registro Civil los acuerdos o capitulaciones celebrados entre los cónyuges que afecten al régimen económico matrimonial. No es necesario en ningún caso hacer mención al régimen económico matrimonial legal. Este sistema de presunciones que señalábamos puede ser una guía para el tercero a la hora de determinar el régimen económico matrimonial de los cónyuges, pero aun así, no deja de ser incierto y nada fácil conocer el régimen económico de los cónyuges en defecto de pacto. Esta inseguridad jurídica es básicamente debida a la pluralidad de normas que existen en el ordenamiento jurídico español en lo que a regímenes económicos se refiere.

18. Sin embargo, esta falta de obligatoriedad de inscripción en el Registro Civil del régimen legal aplicable puede que deje de ser la regla existente en España en el caso de entrar en vigor la Ley

¹⁸ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, Granada, 2016, p. 527.

¹⁹ *Ejemplo práctico.* El señor Y de nacionalidad española y con residencia habitual en Madrid es acreedor de la Señora X de nacionalidad austriaca y con residencia habitual en Marbella. Ambos firmaron un contrato de franquicia mediante el cual la Señora X, franquiciada, se comprometía al pago mensual de 12.000 euros en concepto de derechos de explotación de la franquicia. El señor Y tras tres impagos seguidos decide informarse sobre el patrimonio de su deudora, así acude al Registro Civil y se entera de que está casada con señor español desde hace más de 20 años, pero en ningún momento aparece mención a pacto capitular o régimen económico alguno. El tercero para determinar el régimen de responsabilidad de su deudora ante la insuficiente información que le brinda el registro debería determinar el régimen económico del matrimonio conforme al art. 9.2 del Código Civil español, ya que no hay constancia de que existan capitulaciones. Así, conforme a esta norma, en defecto de nacionalidad común habrá que acudir al siguiente punto de conexión que es la Ley nacional o la de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges elegida por ambos antes del matrimonio en documento auténtico. Si no constara tal elección, el siguiente punto de conexión es el de la residencia habitual común tras el matrimonio. El tercero no sabe si el matrimonio instaló su residencia habitual en España justo después de su matrimonio, pero podría averiguarlo preguntando al deudor. Si eso fuera así, sería el Derecho español el aplicable. Pero debido a que el ordenamiento español es un sistema plurilegislativo cabe preguntarse a qué concreto derecho habrá que acudir ya que será el régimen legal por defecto el aplicable al régimen económico de la deudora austriaca casada con señor español. En atención al art. 16 del Código Civil español habrá que acudir al Derecho de la vecindad civil, en este caso, la señora austriaca al ser extranjera no tiene vecindad civil, así podría salvarse dicha laguna acudiendo al Derecho español más próximo o vinculado con el asunto. Debido a que la residencia de la deudora se encuentra en Marbella, el Derecho civil común podría considerarse el más vinculado con el asunto.

20/2011, de 21 de julio de 2011, norma que modifica la Ley del Registro Civil, cuya entrada en vigor se prevé para el 30 de junio de 2017 e implicaría un importante cambio en el régimen actual²⁰. Esto es así debido a que con la citada reforma existiría la obligación para todos los matrimonios celebrados a partir de su entrada en vigor de que constara su régimen económico matrimonial en el Registro Civil junto con la inscripción del matrimonio, con independencia de que dicho régimen fuera legal o paccionado²¹.

19. Ante este escenario cabe plantearse si esta nueva regla podría también aplicarse a los matrimonios mixtos o matrimonios entre extranjeros que residen en nuestro país que han accedido al Registro Civil. La respuesta debería ser afirmativa, si en base al art. 60 de la nueva Ley de Registro Civil existe la obligatoriedad de mencionar junto con la inscripción del matrimonio el Régimen económico matrimonial, tal obligación debe entenderse *erga omnes*, aplicable a todo matrimonio que accede al Registro Civil, con independencia de que sea entre españoles, o entre español o extranjero. Aquí el problema se encontraría en el matrimonio entre extranjeros, celebrado en el extranjero, este matrimonio no accedería en principio al Registro Civil²². Esta cuestión se abordará en una parte posterior del trabajo, ya que como se analizará existe una vía legal para que estos matrimonios puedan acceder al Registro Civil.

Por lo tanto, si el matrimonio con elemento extranjero se inscribe en el Registro Civil y también existe la obligación conforme al citado art. 60 de dejar constancia del régimen económico matrimonial por el que han optado los cónyuges, ya sea legal o pactado, la incertidumbre sobre el régimen legal aplicable desaparecería. Esta reforma de entrar en vigor solventaría en gran parte los problemas de protección al tercero que existen en el ordenamiento español.

B) Matrimonio inscrito en el Registro Civil español cuyo régimen económico matrimonial sí es pactado

20. En este caso, el acuerdo o capitulaciones matrimoniales pueden haberse celebrado en España o en el extranjero. En el caso de celebrarse en España se deben seguir los requisitos de fondo y de forma que se exigen en nuestro ordenamiento jurídico, además de que las partes deben ser capaces y prestar su consentimiento. En cuanto a los requisitos formales, se debe atender a los criterios exigidos bien por la Ley del lugar de celebración, o la Ley aplicable a su contenido, o la Ley nacional del disponente o a la común de los otorgantes (art. 11.1 del Código Civil). En el caso de que sea el Derecho español el aplicable a la forma se debe atender a lo dispuesto por el art. 1327 CC. Es necesario que consten en escritura pública. En cuanto a los requisitos de fondo o sustanciales será necesario atender a lo dispuesto en la Ley que rige el pacto. Esta Ley vendrá determinada actualmente por lo dispuesto en el art. 9.3 CC²³. En cuanto a la inscripción del pacto, en el ordenamiento español no existe un registro específico

²⁰ BOE núm. 175 de 22 de julio 2011.

²¹ Vid. J.J. PRETEL SERRANO, "La publicidad del régimen económico legal en el Registro Civil", en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Dykinson, 2013, pp. 1436-1442.

²² Sobre este particular vid. P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional privado*, El Justicia de Aragón, 1999, pp. 451-452.

²³ Sobre el art. 9.3 CC *vid. ad ex.*, sin carácter exhaustivo, A.P. ABARCA JUNCO, «Los efectos del matrimonio», en A.P. ABARCA JUNCO, (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Madrid, 2004, pp. 119 y ss.; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «Los efectos del matrimonio», en Aguilar Benítez de Lugo, M., (Dir.), *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 135-164; M. AMORES CONRADI, «La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, enero-agosto 1991, núm. 11-12, pp. 54 y ss.; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado», *Anuario de Derecho Civil*, XLIV, 1991, págs. 233-249; A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», en A. -L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 207 y ss.; Carrascosa González, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudios de DIPr.*, Granada, Comares, 2000, pp. 154-176; P. DIAGO DIAGO, *Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado*, El Justicia de Aragón, 1999; Espinar Vicente, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, 1996, pp. 304-319; C. ESPLUGUES MOTA/ J.L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 9.ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 451-452.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, 7.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 470 y ss.; J. M. FONTANELLAS MORELL, «Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil», en M.T ARECES PIÑOL (Coord.), *Estudios Jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009, pp. 355 y ss.; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 464-465; J.L. IRIARTE ÁNGEL, «Capítulo IV. Normas de Dere-

para los acuerdos entre cónyuges como sí se contempla en otros ordenamientos jurídicos²⁴. Esta circunstancia no ayuda a la protección del tercero. De este modo, para que sea oponible a un tercero un pacto entre cónyuges que se rige por el Derecho español es necesario que se inscriba en el Registro Civil, si no, aunque dicho pacto sea válido no será oponible a tercero (art. 77.2 Ley del Registro Civil)²⁵. En el mismo sentido se enmarca el art. 1317 del Código Civil, cualquier modificación del régimen económico matrimonial realizado durante el matrimonio no perjudicará a los derechos ya adquiridos por terceros. Sin embargo, no hay que olvidar que este precepto sólo resulta de aplicación cuando el Derecho aplicable al pacto sea el español.

En el supuesto de que el acuerdo entre los cónyuges se haya celebrado en el extranjero se deberán atender a los siguientes requisitos para que pueda inscribirse en un Registro Público español:

- i) *El acuerdo entre los cónyuges debe ser válido*. El encargado del Registro Público correspondiente debe asegurarse de que dicho pacto que va a inscribir es válido. Los extremos que debe controlar son los ya estudiados anteriormente: 1) Capacidad de las partes; 2) Consentimiento de las mismas; 3) Validez del pacto en fondo y forma.
- ii) *Debe recogerse en un documento público extranjero*. El documento debe haber sido realizado por la autoridad pública extranjera competente en dar fe de ese tipo de actos jurídicos. La denominación de tal autoridad es indiferente para que dicho documento acceda a un Registro Público español. Lo relevante es que el documento se expida conforme a los requisitos legales del país de otorgamiento y que la autoridad extranjera sea competente para tal función y ésta sea similar a la que realizaría un notario español, el encargado de expedir este tipo de documentos en España. Esto se conoce como principio de equivalencia de funciones [art. 60 Ley 29/2015, de 30 de julio de 2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil²⁶ y la Disposición Adicional Tercera Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria 1.b)²⁷]. En concreto, para un acuerdo prematrimonial, en el mismo sentido que si se trata de unas capitulaciones matrimoniales, la autoridad pública extranjera debería haber controlado aspectos como la identidad de las partes (juicio de identidad) y su capacidad (juicio de capacidad), de la misma forma a como lo habría hecho un notario español.
- iii) *El documento público extranjero debe ser auténtico*. El registrador necesita comprobar que el documento público extranjero es auténtico. Las partes, por tanto, en atención a la normativa española aplicable al respecto deberán legalizar el documento público extranjero (art. 323.2.2.º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC) o realizar un trámite similar (Apostilla de la Haya) y traducirlo al idioma oficial (art. 144 LEC). En concreto, aunque se recoge lo mismo que en la LEC, *vid.* para el Registro Civil los arts. 86 y 88 del Reglamento del Registro Civil y para el Registro de la Propiedad los arts. 4 y 36 de la Ley Hipotecaria.

Estos requisitos podrían ser prescindibles en el caso de que el acuerdo ya conste en Registro Público extranjero. En ese caso sería posible practicar el asiento mediante certificación expedida por el Registro extranjero²⁸.

21. Sin embargo, que se haga mención en el Registro Civil al acuerdo celebrado entre los cónyuges no siempre ayuda al tercero. Esto es así porque dicha mención al pacto es eso, “una mera mención”,

cho internacional privado», en Sierra Gil, de las Cuesta (Coord.), *Comentarios al Código Civil, Tomo I*, arts. 1 al 89, Barcelona, 2000, pp. 403-522; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 48 y ss.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales», en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 370-402.

²⁴ Entre los países que sí cuentan con este tipo de Registro se puede destacar, Países Bajos (art. 1:116 y art. 1:120 Código de Familia holandés), Letonia (Art. 115 Código Civil), Alemania (art. 1412 Código Civil alemán), Lituania (art. 3.103 Código Civil lituano) y Rumanía (art. 334.5 Código Civil rumano).

²⁵ Resolución de la DGRN de 23 de junio de 1988.

²⁶ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

²⁷ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

²⁸ *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 150.

en ningún caso se detalla el contenido²⁹. La información a la que puede acceder el tercero es incompleta. El tercero no puede conocer el contenido del acuerdo. Por lo tanto, al tercero el conocimiento de la existencia del pacto no le ayuda en la práctica si el cónyuge o el notario que lo realizó no le ayudan a determinar el contenido. Las opciones que tendrían el tercero de conocer el contenido podrían ser bien solicitando al propio cónyuge que le muestre el pacto o bien al notario en atención al Protocolo notarial correspondiente. El notario tiene la obligación de expedir una copia de las estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial a cualquier solicitante que pruebe que es titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges (art. 266.VII Reglamento del Registro Civil).

C) La protección del tercero cuando existe publicidad en otros registros públicos españoles que no son el Registro Civil

22. Además del Registro Civil existen el ordenamiento jurídico otros Registros como el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil que pueden también contener inscripciones relativas al régimen económico matrimonial de los cónyuges o la titularidad de sus bienes.

23. Respecto al *Registro de la Propiedad* decir que la protección que brinda al tercero es la misma que puede ofrecer el Registro Civil. Aunque en el Registro de la Propiedad se llevan a cabo inscripciones o anotaciones relativas a bienes inmuebles sitios en España, desde el año 2007 existe la obligación conforme al art. 159 de *Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944*³⁰ de que conste el régimen económico matrimonial si el otorgante de la escritura es una persona casada. Así, la protección que brinda el Registro de la Propiedad no es limitada a la titularidad de los bienes y si estos tienen cargas o gravámenes, también el tercero podrían saber el concreto régimen económico matrimonial si el titular del bien es una persona casada. Sin embargo, la necesidad de dejar constancia del concreto régimen económico en la escritura de propiedad ya se exigía en el ordenamiento español con anterioridad a 2007 para adquirentes cuyo régimen económico se regía por Derecho extranjero (art. 92 del Reglamento Hipotecario³¹).

24. La declaración de las otorgantes será esencial para que el notario pueda dejar constancia del régimen económico. Los comparecientes pueden acreditar su régimen económico conforme a Derecho extranjero bien presentando un pacto de capitulaciones o un certificado del Registro extranjero en la que aparecen inscritas (para que dicho certificado sea válido para el Registrador español deben cumplirse los requisitos del art. 36 del Reglamento hipotecario)³². Las partes también pueden probar su régimen económico matrimonial en defecto de pacto probando el Derecho extranjero. La cuestión problemática se deriva del hecho de que no se acredite el régimen, bien porque el esfuerzo de las partes ha sido insuficiente o bien porque no han realizado declaraciones al respecto. En ese caso surge la cuestión debido a las exigencias del art. 92 del Reglamento Hipotecario de hasta dónde debe llegar la obligación del notario y/o del registrador de acreditación del Régimen del adquirente. La DGRN ante la falta de determinación del régimen extranjero ha fijado la siguiente doctrina: el registrador de la propiedad puede aplicar el Derecho extranjero si lo conoce personalmente pero en ningún caso recae sobre el funcionario español la obligación de prueba del Derecho extranjero, tal obligación corresponde a las partes³³. Así, si las partes no acreditan el Derecho extranjero, la DGRN ha mantenido que ni el notario ni el registrador podrían con carácter facultativo suplir la falta de prueba. Dichas autoridades están sujetos al Derecho extranjero por el mandato imperativo de la norma de conflicto española, pero en el caso de que no pu-

²⁹ Vid. P. DIAGO DIAGO, "La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, N° 2067-2068, p. 2782.

³⁰ BOE núm. 25, de 29 de enero de 2007.

³¹ Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (BOE n° 106, de 16 de abril de 1947).

³² A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., «Efectos del matrimonio», en A. -L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 219.

³³ Sobre el régimen de prueba del Derecho extranjero en el sistema de Derecho Internacional privado español, *vid, ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, "Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones Críticas", *REDI*, vol. 68, n° 2, julio-diciembre, 2016, pp. 133-156.

dieran probar el Derecho extranjero y por tanto determinar el régimen económico matrimonial deben suspender la inscripción, no puede aplicar el Derecho español³⁴.

25. Sin embargo, la práctica demuestra que ha habido supuestos en los que se ha realizado la inscripción del bien inmueble a pesar de no quedar acreditado el régimen económico. Este tipo de situaciones no favorece al tercero, ya que se enfrenta a una publicidad insuficiente que no le ayuda a tener la información necesaria del cónyuge o cónyuges con los que ha contratado o está dispuesto a contratar. Este tipo de supuestos ha sido alentado por la DGRN que ha permitido dichas inscripciones a pesar de que el régimen extranjero no quedaba acreditado. La Dirección General ha concluido en diferentes resoluciones que es posible practicar la inscripción de un bien aun cuando los adquirentes no determinen su régimen económico debiendo únicamente constar que el bien se adquiere “con sujeción al régimen económico de los cónyuges”³⁵. El razonamiento de la DGRN se basa en que la necesidad de determinación del régimen se puede aplazar al momento de la enajenación, así en ese momento, sí que será necesario precisar el régimen económico³⁶. No obstante, la precisión del régimen económico tampoco será necesaria en el momento de la enajenación cuando el bien es enajenado con el consentimiento de ambos cónyuges o cuando uno fallece con el consentimiento del cónyuge superviviente y de los herederos³⁷. Este escenario en nada beneficia al tercero que quiere informarse sobre el patrimonio de una persona casada. Esta imprecisión no le ofrece seguridad jurídica alguna, podrá saber la titularidad del bien pero no el régimen económico³⁸.

En particular, la práctica de la DGRN para determinar el régimen económico se podría resumir en varios supuestos³⁹:

- a) Si los cónyuges ostentan nacionalidad común, su régimen en defecto de capitulaciones será el determinado por el Derecho de su nacionalidad (art. 9.2 CC)⁴⁰.
- b) Si los cónyuges no comparten nacionalidad común, deben manifestar cual es Ley aplicable a su régimen económico en atención al art. 9.2 CC y también al art. 51.2 del Reglamento Hipotecario aunque no quede determinado el concreto régimen económico matrimonial⁴¹

Otro problema surge cuando existe contradicción entre inscripciones del Registro Civil y del Registro de la Propiedad. En ese caso, el ordenamiento español lo soluciona dando mayor veracidad a la inscripción del Registro de la propiedad⁴². Así, por tanto el tercero que adquiere un bien de buena fe, adquiere de forma válida la propiedad con independencia de que la información recogida en el Registro Civil no sea real.

26. En relación al *Registro Mercantil* señalar que puede darse el caso que no exista información sobre los cónyuges en el Registro Civil pero sí en el Registro Mercantil porque uno de los cónyuges es

³⁴ Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2011 (BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2011), fundamentos de Derecho nº 4; Resolución de la DGRN de 3 de mayo de 2016 (BOE núm. 136, 6 de junio de 2016).

³⁵ DGRN de 8 de octubre de 2008 (BOE núm. 269 de 7 de noviembre de 2007), DGRN 7 de marzo de 2007 (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2007), DGRN de 7 de julio de 2006, DGRN de 19 de diciembre de 2003, DGRN de 29 de octubre de 2002, DGRN de 10 de marzo de 1978.

³⁶ DGRN de 26 de febrero de 2008 (BOE núm.67, de 18 de marzo de 2008).

³⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 220.

³⁸ En el mismo sentido, vid. P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, Nº 2067-2068, p. 2768.

³⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 220.

⁴⁰ Resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2007 (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2007). Sobre los problemas que viene planteando la práctica de la DGRN de fijar la Ley nacional común de los cónyuges como ley que rige el régimen económico en defecto de pacto vid. P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, Nº 2067-2068, pp. 2771-2772.

⁴¹ DGRN de 5 de marzo de 2007 (BOE núm 81, de 4 de abril de 2007).

⁴² Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 156. Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 1954.

empresario. Este Registro puede ser un complemento al resto de Registros ya que puede proporcionar una información importante al tercero. Esto es así ya que conforme al Derecho español existe la obligación de darle publicidad a los pactos que realicen los empresarios (art. 21.1 Código de Comercio) y a los actos de consentimiento, oposición y revocación (art. 11 Código de Comercio) para que sean oponibles a terceros. Estos preceptos podrían ser aplicables también a los empresarios extranjeros aunque operen con sociedad extranjera siempre en lo concerniente a las actividades mercantiles desarrolladas en territorio español (art. 15 Código de Comercio).

IV. La protección del el tercero cuando no existe publicidad registral en España

27. Hay matrimonios que no pueden acceder al Registro Civil español a pesar de que presentan conexión con España (residencia habitual en España) y de que realizan actos que afectan al tráfico jurídico español. Este podría ser el caso de matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero. La no inscripción del matrimonio puede implicar que el tercero no pueda tener ninguna información relativa al régimen económico matrimonial sobre estos cónyuges, ya que si no hay inscripción del matrimonio tampoco se podrían inscribir unas capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, esta falta de acceso a ese tipo de matrimonio podría salvarse recurriendo al art. 15 de la Ley del Registro Civil. En base a dicho precepto se puede proceder a la inscripción de un matrimonio entre extranjeros celebrados en el extranjero cuando dicha inscripción sirva de base a otra exigida por el Derecho español⁴³.

28. Aun así, la ausencia de información en el Registro Civil español no implica necesariamente que no exista información sobre el Régimen económico de los cónyuges en otros Registros españoles o incluso en un Registro extranjero. De este modo, el tercero, sobre todo cuando se trata de negocios de cierta entidad, debería cerciorarse de la existencia de inscripción en el extranjero, no tanto por el hecho de que le pueda ser oponible dicha inscripción, cuestión que dependerá de otros factores, sino por su propia tranquilidad. Lanzarse a un negocio importante cuando la otra parte contratante es un extranjero sobre el que no hay mención alguna en el Registro Civil español puede ser motivo para ponerse a hacer determinadas averiguaciones con el fin de aclarar cuál es el régimen aplicable a su responsabilidad en caso de incumplimiento. Además, no hay que olvidar que dicha diligencia del tercero en la averiguación de inscripciones en el Registro Público extranjero será aún más necesaria cuando la posición del tercero sea tal que permita sin demasiado esfuerzo hacer tales comprobaciones. Tal es el caso cuando el tercero es una entidad de crédito o un tercero que comparte nacionalidad con el contratante extranjero⁴⁴. En estos supuestos el deber de diligencia es mayor que cuando el tercero tiene una posición débil y le puede resultar difícil o muy gravoso el acceso al Registro extranjero. Aun así, puede ser que el tercero haya sido lo suficientemente diligente como para consultar el Registro Público extranjero pero que la información sea incompleta o incluso errónea, por lo que de nada sirve dicha información.

Ante este escenario cabe plantearse cómo podría quedar protegido el tercero, así podríamos decir que se podrían diferenciar distintas situaciones⁴⁵: 1) la intervención de notario, puede ayudar a informar al tercero y a determinar el régimen económico aplicable; 2) el contratante extranjero podría proporcionar la información al tercero sobre su régimen, en principio las partes basan su relación en la buena fe.

V. Las anotaciones preventivas de embargo

29. Como ya se ha señalado, son muchas las ocasiones en las que se inscribe un bien inmueble a favor de adquirentes casados cuyo régimen económico se rige por Derecho extranjero y no consta ni

⁴³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 218; P. DIAGO DIAGO, Pactos o capitulaciones matrimoniales en *Derecho Internacional privado*, El Justicia de Aragón, 1999, p. 451; E. RODRÍGUEZ GAYÁN, *Derecho Registral Internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 154.

⁴⁴ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 154.

⁴⁵ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 154.

el régimen económico ni las cuotas de propiedad a las que pertenece el bien a cada uno de ellos. Uno de los efectos de esta práctica ya hemos mencionado que es la desprotección absoluta del tercero, ya que no puede saber a pesar de que el Derecho español lo exige, el concreto régimen económico del cónyuge del que necesita informarse. Sin embargo, no acaba ahí las consecuencias negativas de esta mala *praxis*, ya que a la hora de anotar un embargo preventivo no se sabe en qué proporción corresponde el bien a cada cónyuge⁴⁶. Así, la DGRN ante la imposibilidad de determinar a priori a quién pertenece el bien y que cuantía le corresponde ha llegado a dos soluciones:

- 1º) El solicitante de una anotación de embargo preventivo contra un bien que pertenece a ambos cónyuges debe determinar el régimen económico aplicable y probar el Derecho extranjero por el cual se rige para poder practicar la anotación. La DGRN ha señalado que cuando se dirige el embargo frente a uno sólo de los cónyuges no basta con notificárselo al otro cónyuge⁴⁷. La notificación al otro cónyuge será suficiente cuando se trate de un bien privativo conforme al régimen económico matrimonial por el que se rige el patrimonio de los cónyuges (art. 144.5 Reglamento Hipotecario)⁴⁸.
- 2º) En el caso de que el solicitante de embargo no pruebe el Derecho extranjero y por tanto no quede acreditado el régimen económico tiene la opción de dirigir la demanda de embargo frente a ambos cónyuges. Al desconocer en qué porcentaje corresponde el bien a cada cónyuge, la DGRN ha permitido que se solicite el embargo frente a ambos cónyuges⁴⁹. Posteriormente si la anotación concluyera en una venta forzosa del inmueble el juez podría actuar como garante de los intereses del cónyuge que es injustamente embargado en el caso de que no se personara en el proceso.

Estas soluciones que se han venido desarrollando por la DGRN no son más que un parche a una incorrecta aplicación del art. 92 del Reglamento hipotecario, si se indicara correctamente al momento de la adquisición el régimen económico se evitaría los problemas que de su falta de acreditación se derivan como éste que se acaba de analizar⁵⁰.

VI. Cómo afecta al tercero el cambio de régimen económico matrimonial

1. Aproximación inicial

30. La mayoría de los ordenamientos permiten que los cónyuges realicen cambios en lo relativo a su régimen económico a lo largo de la existencia del matrimonio. Por lo tanto, en un primer momento,

⁴⁶ Sobre los problemas jurídicos que plantea esta forma de actuar de la DGRN, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, Nº 2067-2068, pp. 2773-2776.

⁴⁷ Resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2013 (BOE núm 87, de 11 de abril de 2013).

⁴⁸ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 220.

⁴⁹ *Vid. ad ex.*, Resolución de la DGRN de 12 de marzo de 2012.

⁵⁰ *Ejemplo práctico.* Un solicitante de anotación de embargo preventiva insta su inscripción respecto de un bien inmueble en el Registro de la Propiedad. La titularidad de este bien inmueble consta a favor de dos cónyuges, ella de nacionalidad venezolana y él de nacionalidad ecuatoriana, no consta el régimen económico matrimonial ni el Derecho aplicable al mismo, por lo que no es posible determinar en qué porcentaje corresponde el bien a cada cónyuge. El que solicita el embargo tiene dos opciones: 1) averiguar el régimen económico matrimonial de los cónyuges, bien acudiendo a la información que le puede brindar otro Registro español, o bien acudiendo a las normas de conflicto españolas sobre Ley aplicable a los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC o 9.3 CC). Una vez determinado el Derecho aplicable, si éste resulta ser Derecho extranjero deberá probarlo conforme a las reglas del art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil. La prueba del Derecho extranjero le permitirá al registrador conocer el régimen extranjero aplicable y en qué porcentaje corresponde el bien a cada cónyuge. Así, si la deuda es sólo frente a uno de los cónyuges que quede constancia de que dicho embargo afecta a la cuota de propiedad del cónyuge deudor; 2) En defecto de prueba del Derecho extranjero, puede solicitar el embargo frente a los dos cónyuges, las dos personas que aparecen como titulares del bien inmueble aunque no se sepa con exactitud su régimen económico ni la cuota de propiedad que en virtud de aquél le corresponde a cada cónyuge.

unos cónyuges pueden optar por un régimen de comunidad de bienes pero cambiarlo, por uno de separación de bienes, en un momento posterior. Ante este cambio, cabe preguntarse en qué situación queda el tercero acreedor, cómo le afecta el cambio, especialmente cuando ya ha iniciado acciones legales frente a uno de los cónyuges y ahora se encuentra con un cambio en el régimen económico lo cual atente gravemente contra sus intereses⁵¹.

31. Si atendemos al Reglamento europeo sobre régimen económico podemos destacar su art. 22.3. En este artículo se señala que el cambio en la Ley aplicable del régimen económico no puede tener efectos retroactivos, y que en el caso de que tuviera tales efectos, no podría en ningún caso perjudicar a los derechos de los terceros⁵². Es decir, los cónyuges podrían cambiar la Ley aplicable al régimen pero en ningún caso perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros. Este precepto sigue la línea del art. 3 del Reglamento Roma I. En el Derecho Internacional privado español de producción interna no hay ninguna norma al respecto.

32. Para abordar el estudio de este problema es necesario atender a diferentes cuestiones. Así, por un lado, es necesario atender al tipo de cambio que se ha producido y el origen del mismo. Es decir, si obedece a la mera voluntad de las partes o viene impuesto por la ley. También será necesario tener en cuenta el *iter* registral seguido por los cónyuges, así cabría plantearse si publicitaron el anterior régimen y también el actual. Por último, un aspecto esencial es determinar los derechos adquiridos por terceros en atención al régimen abandonado.

2. El tipo de cambio y su origen

33. El cambio que pueden llevar a cabo los cónyuges podría ser de dos tipos. Por un lado, se podría modificar el Derecho aplicable al régimen económico (cambio conflictual)⁵³. Es decir, que el régimen económico regido por la Ley de un ordenamiento quedara regido en un momento posterior por la Ley de otro ordenamiento distinto. *Ad ex.*, en un primer momento era el Derecho portugués el que regía los efectos del matrimonio pero en un momento posterior se opta por un Derecho diferente, el Derecho español. En la práctica podría ser que este cambio no resultara demasiado relevante para el tercero si el régimen elegido por los cónyuges en un ordenamiento primero (portugués) y en el otro posteriormente (español) tienen la misma raíz, bien de comunidad o de separación.

34. Por otro lado, el cambio puede tener lugar en el mismo ordenamiento jurídico, dentro de la misma Ley aplicable. De este modo, los cónyuges lo que hacen es modificar un régimen por otro dentro de las opciones que les brinda el Derecho aplicable (cambio material)⁵⁴. En este caso, lo más habitual es cambiar de un régimen de gananciales a uno de separación. Este cambio sí podría presentar aspectos importantes a la hora de responder frente a un tercero acreedor.

35. En relación al origen que da lugar a la modificación o cambio de un régimen económico bien dentro de una misma Ley aplicable o bien al cambiar la Ley de un ordenamiento por otro puede derivarse de la voluntad de las partes o de una modificación legal impuesta. En cuanto a la voluntad de las partes, la misma se podría manifestar mediante un pacto de capitulaciones. En el caso de que el cambio fuera fruto de un cambio legislativo, el tercero siempre podría argumentar la dificultad de conocer dichos cambios, especialmente cuando se trata de un ordenamiento jurídico extranjero.

⁵¹ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 158.

⁵² D. MARTINY, "The effects of marital property agreements in respect of third parties", en A.L. Verbeke/ J.M. Sherpe, C. Declerk, T. Helms/P. Senaeve, *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum Walter Pintens*, Intersentia, 2012, p. 922.

⁵³ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 164.

⁵⁴ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 163-164.

3. La publicidad del cambio

36. La publicidad que los cónyuges hagan del cambio será crucial para poder oponer el nuevo régimen. Así, si el régimen anterior ya constaba en el Registro Civil debido a que constaba en capitulaciones, los cambios respecto a éstas deben mencionarse expresamente mediante nota en la escritura de las anteriores estipulaciones, así lo exige el art. 1332 del Código Civil español. Por tanto si es el Derecho español el Derecho aplicable al nuevo régimen exigirá la publicidad para cualquier cambio que afecte al régimen económico para poder oponerlo a un tercero. El tercero siempre va a estar protegido por la inscripción anterior si no se llegara a publicitar. En el caso de que los cónyuges no hubieran formalizado capitulaciones en un primer momento, el tercero deberá acudir al art. 9.2 del Código Civil para llegar a determinar la Ley aplicable al régimen económico en defecto de pacto.

Por lo tanto, en atención al ordenamiento jurídico español los cambios en el régimen económico deben publicitarse, con independencia de que el régimen anterior haya o no accedido al Registro, siendo indiferente la razón que haya dado origen al cambio siempre que ésta sea legítima.

4. Los derechos adquiridos por el tercero conforme al régimen anterior

37. En el supuesto de nuevos acreedores que han contraído su crédito una vez que se ha producido el cambio de régimen no hay problema, estos acreedores sólo conocen el régimen nuevo, no el anterior, por tanto no habrá problemas de oposición. La cuestión surge con los antiguos acreedores, los cuales se relacionaron con los cónyuges conforme a unas reglas de juego que han cambiado y además han adquirido unos derechos conforme al régimen anterior. El perjuicio en los derechos del tercero sólo puede apreciarse haciendo una valoración de los derechos de crédito que tenía en atención al primer régimen y los derechos que le concede el segundo. Puede suceder que su posición no se vea perjudicada, en ese caso, sería perfectamente oponible el nuevo régimen siempre que el tercero tuviera conocimiento del cambio. Sin embargo, no siempre es así, en muchas ocasiones el tercero se ve lesionado por el cambio, de hecho, una de las razones habituales por las que los cónyuges deciden cambiar el régimen económico matrimonial que venían utilizando es para salvaguardar su patrimonio en aras de las deudas que uno de los cónyuges ha contraído.

Así, cabría preguntarse hasta dónde llega la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la hora de cambiar su régimen si con ello se perjudica a terceros. Por lo tanto, podríamos decir que la libertad de modificación de los cónyuges se limita tanto a nivel conflictual (art. 22.3 del *Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial*) como material (art. 1317 Código Civil español) cuando el cambio perjudica a terceros. Por lo tanto, desde un punto de vista conflictual, conforme al *Reglamento europeo* no podrá ser oponible ningún cambio de Ley en el Régimen económico que afecte a terceros negativamente. Desde una perspectiva material, conforme al Derecho español, el cambio de régimen no es oponible a los terceros cuando esto lesione derechos ya adquiridos (art. 1317 del Código Civil español). En el caso de acreedor español de deudor/cónyuge italiano casado con española cuyo régimen era el de gananciales en un primer momento, el cual es modificado a separación de bienes. El tercero se puede ver perjudicado con el cambio ya que quizás los bienes con los que contaba su deudor cambian de titularidad y ya no puede hacer efectiva su deuda. En atención a las normas españolas, el Derecho de crédito del tercero persiste a pesar del cambio. Así, si se modifica el régimen económico de gananciales a separación, la sociedad debe disolverse. La deuda contraída por uno de los cónyuges respecto a la masa ganancial no se evapora, forma parte del pasivo a la hora de liquidar. Si esta deuda no se satisficiera al momento de la asignación, el tercero siempre puede acudir a los tribunales a impugnar la asignación a favor del cónyuge no deudor, lo cual le podría impedir cobrar su crédito⁵⁵. Esta protección al tercero resulta de aplicación cuando el Derecho aplicable al pacto sea el español⁵⁶. Por lo tanto, la protección al tercero vendrá exclusivamente determinada por el Derecho aplicable al caso concreto. Esto es así debido a la falta de normas específicas que brindan protección al tercero en Derecho internacional privado español. De este modo, será necesario acudir al Derecho concreto que rige el régimen económico matrimonial y analizar la protección que brinda al tercero.

⁵⁵ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 163.

⁵⁶ Vid. P. DIAGO DIAGO, "La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, N° 2067-2068, p. 2777.

L'ADDEBITO DELLA SEPARAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELL'UNIONE EUROPEA

JUDICIAL DECISIONS AS TO THE CAUSES OF SEPARATION UNDER EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ILARIA AQUIRONI

Dottoranda di ricerca nell'Università di Ferrara

PhD Candidate in the University of Ferrara

orcid ID: 0000-0001-7313-2176

Recibido: 12.07.2017 / Aceptado: 08.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3865>

Riassunto: Lo scritto affronta le questioni che circondano la pronuncia dell'addebito della separazione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, segnatamente alla luce dell'autonomo concetto di "causa" del divorzio e della separazione personale accolto nel regolamento (CE) n. 2201/2003 e nel regolamento (UE) n. 1259/2010. Su questa base, lo studio indica per quali ragioni, malgrado la dichiarata intenzione del legislatore europeo di non volersi occupare delle cause della crisi, si debba ritenere che la pronuncia relativa all'addebito soggiaccia alla disciplina internazionalprivatistica racchiusa nei regolamenti in questione.

Parole chiave: Addebito della separazione, cause del divorzio e della separazione, Regolamento (CE) n. 2201/2003; Regolamento (UE) n. 1259/2010.

Abstract: The essay tackles the distinctive features of the autonomous concept of "grounds" for divorce and legal separation contained in Regulation (EC) n. 2201/2003 and Regulation (EU) n. 1259/2010. Relying on this basis, the analysis indicates the reasons why, although the asserted intention of the European legislator not to deal with the grounds for the matrimonial crisis, judicial decisions as to the causes of separation should be submitted to the rules set forth by the abovementioned regulations.

Keywords: causes of divorce and legal separation, Regulation (EC) n. 2201/2003, Regulation (EU) n. 1259/2010.

Sommario: L'addebito della separazione nel prisma del diritto internazionale privato dell'Unione europea: le soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza; II. Il metodo: l'interpretazione autonoma degli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea; III. In concreto: la nozione autonoma del concetto di "cause" della crisi nel regolamento (CE) n. 2201/2003 e nel regolamento (UE) n. 1259/2010; 1. Criteri semiotici; 2. Criteri sistematici; 3. Criteri dinamici; IV. Le ragioni che portano a propendere, nel diritto internazionale privato dell'Unione europea in materia familiare, verso l'inscindibilità della pronuncia sull'addebito da quella sulla separazione; V. Considerazioni critiche sulle diverse soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza; VI. Osservazioni conclusive.

I. L'addebito della separazione nel prisma del diritto internazionale privato dell'Unione europea: le soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza

1. Per effetto della crescente mobilità degli individui, si registrano con sempre maggiore frequenza relazioni familiari caratterizzate da elementi di internazionalità. L'Unione europea, nell'esercizio

delle competenze previste all'articolo 81 del TFUE, ha adottato, come è noto, un'ampia gamma di norme volte a regolare, rispetto a queste relazioni, la competenza giurisdizionale, i conflitti di leggi e l'efficacia delle decisioni.

2. Dal momento che la disciplina sostanziale dei rapporti di famiglia rimane appannaggio dei singoli Stati membri, sorge non di rado la necessità di raccordare alcuni istituti giuridici, propri di un ordinamento giuridico particolare o di un numero esiguo di essi, con le norme di diritto internazionale privato elaborate dal legislatore regionale. Si tratta, in buona sostanza, di determinare come debbano essere ricostruite, ai fini della normativa europea, le fattispecie che, a livello interno, vengono ricondotte sotto tali istituti.

3. Si situa in questo orizzonte la riflessione, sviluppatasi in Italia tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, su quale debba essere la cornice di diritto internazionale privato sovranazionale in cui collocare la pronuncia sull'addebito della separazione. L'istituto dell'addebito è previsto, in Italia, dall'articolo 151 c.c. Il termine è impiegato per designare la pronuncia, resa su istanza di parte nel quadro di una separazione giudiziale, con cui il giudice attribuisce la responsabilità della crisi matrimoniale ad uno dei coniugi in ragione del suo contegno contrario ad uno dei doveri coniugali previsti dall'articolo 143 c.c.¹ L'addebito della separazione ad uno dei coniugi comporta, per quel coniuge, la perdita di alcuni diritti, segnatamente sul terreno degli alimenti e in campo successorio.

4. Trattandosi di un istituto che non trova riscontro negli ordinamenti di altri Stati membri, e che soprattutto è estraneo al linguaggio delle fonti dell'Unione, si pone il problema di stabilire se il diritto internazionale privato dell'Unione europea si proponga di regolare la pronuncia in questione e, in caso affermativo, mediante quali disposizioni.

5. Sul versante della giurisdizione e della circolazione delle decisioni, il regolamento (CE) n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II *bis*)² dichiara al considerando n. 8 di non volersi occupare delle *cause* della crisi matrimoniale. Tale formula sembra lasciar intendere che il regolamento voglia disciplinare solamente la domanda con cui il ricorrente mira a determinare l'attenuazione del vincolo matrimoniale, lasciando invece spazio ad altre fonti – se del caso, le norme di diritto internazionale privato comune del foro – per ogni statuizione diversa, ancorché connessa, come quella relativa all'addebito.

6. Sul versante dei conflitti di leggi, il considerando n. 10 del regolamento (UE) n. 1259/2010 (c.d. Roma III)³, al primo capoverso, puntualizza l'esigenza di coerenza che dovrebbe caratterizzare, sia nell'ambito di applicazione sia nelle disposizioni, il suo rapporto con il regolamento Bruxelles II *bis*. Il secondo capoverso, dopo aver specificato che “il regolamento dovrebbe applicarsi solo allo scioglimento o all'allentamento del vincolo matrimoniale”, afferma che la legge individuata tramite l'operare delle norme di conflitto uniformi è chiamata ad applicarsi anche alle cause della crisi matrimoniale.

7. Su tali questioni – le uniche esaminate in questo scritto – si registrano in dottrina e giurisprudenza posizioni divergenti.

¹ Si veda, per tutti, E. TAMBURRINO, *sub*. Art. 151, in P. RESCIGNO, (a cura di), *Codice civile*, IX ed., 2014, p. 376.

² Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUCE* L 338, 23 dicembre 2003, p. 1. Si veda, per tutti, U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (a cura di), *Brussels II bis Regulation – European Commentaries on Private International Law*, Köln, Sellier, 2012.

³ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE*, L 343, 29 dicembre 2010, p. 10. Su tale strumento, si veda, per tutti, P. FRANZINA (a cura di), “Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale – Commentario”, *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 1435.

8. Un primo orientamento è illustrato da una decisione⁴ resa dal Tribunale di Roma sulla domanda di separazione con addebito proposta da una cittadina ucraina residente in Italia nei confronti del coniuge moldavo residente nella Repubblica di Moldova. Dichiaratosi competente in merito alla separazione in base ai titoli di giurisdizione contemplati dal regolamento Bruxelles II *bis*, il Tribunale si è ritenuto altresì competente a pronunciarsi sulla domanda di addebito, considerando che quest'ultima, seppur "autonoma e soltanto eventuale, risulta essere, nel nostro sistema, inscindibilmente connessa alla domanda di separazione personale, tanto da non poter essere proposta in un diverso e autonomo giudizio". Per questo, si legge nella motivazione, "la richiesta di addebito non appare assoggettabile a norme sulla giurisdizione diverse da quelle previste per la domanda principale di separazione personale".

9. Una volta identificata la legge italiana come regolatrice della separazione personale ai sensi del regolamento (UE) n. 1259/2010, il Tribunale, sulla scorta del considerando n. 10, ha fatto rientrare anche l'addebito tra le questioni da essa disciplinate. Rilevata l'ammissibilità della domanda, il Tribunale ha peraltro concluso per il rigetto della stessa, non essendo stato soddisfatto l'onere probatorio gravante sulla ricorrente⁵.

10. Un secondo orientamento, piuttosto diffuso nella giurisprudenza di merito⁶, trascura di porsi interrogativi circa la disciplina internazionalprivatistica dell'addebito della separazione, e fa senz'altro rientrare quest'ultimo nella sfera di applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003, per quanto riguarda la competenza giurisdizionale, e del regolamento (UE) n. 1259/2010, per la legge applicabile.

11. Un terzo orientamento, oggetto di più limitati riscontri tanto in dottrina⁷ quanto in giurisprudenza, assimila la domanda di addebito ad una azione per il risarcimento per il danno subito. L'addebito viene così ricondotto, quanto alla giurisdizione, sotto gli articoli 4 e 7 n. 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012, strumento generalista per la materia civile e commerciale. In questo senso, secondo il Tribunale di Tivoli, "poiché l'addebito presuppone la violazione dei doveri coniugali ed al pari della domanda di risarcimento danni non patrimoniali... è dovuto quindi ad una condotta illecita civile dolosa, o colposa, viene in rilievo l'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001⁸".

12. Nessuno degli orientamenti sin qui descritti giunge a soluzioni pienamente condivisibili. Mentre i primi due indirizzi sono persuasivi quanto all'esito ma suscitano rilievi critici quanto al metodo impiegato, il terzo orientamento appare poco convincente tanto nell'esito quanto nelle basi argomentative che lo sorreggono.

II. Il metodo: l'interpretazione autonoma degli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea

13. Al fine di verificare se la pronuncia sull'addebito rientri nel campo di applicazione dei regolamenti Bruxelles II *bis* e Roma III, occorre ricostruire il significato della locuzione "cause" del divorzio e della separazione personale impiegata in detti strumenti.

⁴ Si tratta di Trib. Roma, Sez. I civ., 5 giugno 2015, n. 13804. L'orientamento in discorso è condiviso, *inter alia*, da Trib. Belluno, 30 dicembre 2011, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, fasc. 2, p. 452, nonché da Trib. Padova, 6 febbraio 2015, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, fasc. 3, p. 848.

⁵ Pur non sancendolo in modo esplicito, i Giudici mostrano di ritenere che la legge individuata attraverso le norme del regolamento Roma III disciplini l'ammissibilità di un'indagine sulle responsabilità della crisi, i criteri di valutazione a cui ancorare l'apprezzamento degli elementi emersi dalla stessa nonché gli effetti giuridici dell'accertamento effettuato circa l'imputabilità della crisi.

⁶ Si veda, *inter alia*, Trib. Roma, sez. I, 27 gennaio 2015, n. 1821; Trib. Milano, sez. IX, 23 luglio 2012.

⁷ Si veda, al riguardo, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione) – Evoluzione e continuità del "Sistema Bruxelles-I" nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*, Padova, Cedam, 2015, p. 67.

⁸ Trib. Tivoli, 6 aprile 2011, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 1097. Il regolamento (UE) n. 1215/2012 di rifusione del regolamento (CE) n. 44/2001 ha lasciato invariata la formulazione dell'articolo 5 n. 3, oggi divenuto art. 7 n. 2. Il riferimento, pertanto, deve essere oggi inteso a questa seconda disposizione.

14. Le norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea debbono essere interpretate secondo i metodi propri dell'ordinamento dal quale promanano, prescindendo dai particolarismi nazionali. Il modo più diretto per raggiungere detto scopo, là dove manchino delle espresse definizioni normative, consiste nell'attribuire alle diverse espressioni un significato "autonomo", ovvero sia un'accezione comune ed europea, anziché particolare e nazionale⁹.

15. Come è noto, la Corte di giustizia¹⁰ ha elaborato alcuni criteri interpretativi propri dell'ordinamento dell'Unione europea sin dalle sentenze *Van Gend en Loos*¹¹ e *CILFIT*¹².

16. La dottrina¹³, dal canto suo, ha sistematizzato detti criteri, proponendo perlopiù uno schema articolato in: *a*) criteri semiotici o linguistici; *b*) criteri sistematici; e *c*) criteri dinamici, a loro volta distinguibili in funzionali, teleologici e consequenzialisti¹⁴. Alla luce delle specificità dell'Unione europea, ciascuna categoria assume caratteri peculiari ed autonomi in raffronto ai criteri elaborati tanto dal diritto internazionale generale con riguardo ai trattati¹⁵, quanto dai diversi sistemi nazionali¹⁶. Tale autonomia¹⁷ ha permesso l'impiego dei predetti criteri nell'intera area in cui l'azione del legislatore sovranazionale si è dipanata¹⁸.

⁹ Beninteso, l'espressione "interpretazione uniforme" non coincide con l'espressione "interpretazione autonoma": se l'interpretazione autonoma è sempre uniforme, quest'ultima non sempre è autonoma. L'interpretazione autonoma è solamente una – ancorché la più adatta – delle tecniche ermeneutiche idonee ad assicurare il soddisfacimento dell'obiettivo dell'interpretazione – e della susseguente applicazione – uniforme delle norme sovranazionali.

¹⁰ L'articolo 19 del TUE e l'art. 267 del TFUE si limitano difatti ad affidare alla Corte di giustizia dell'Unione europea il compito a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione dei Trattati stessi e degli atti di diritto derivato.

¹¹ CGCE 5 febbraio 1963, *N.V. Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, C-26/62, in *Racc.* 1985, p. 779.

¹² CGCE 6 ottobre 1991, *CILFIT c. Ministero della Sanità*, C-283/81, in *Racc.* 1984, p. 1257. Anche in una decisione più recente, (CGUE 16 giugno 2016, *Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd Servizi s.r.l.*, C-511/14, *Racc. dig.*) la Corte si è pronunciata ribadendo, al par. 36, che "secondo una costante giurisprudenza (...) i termini di una disposizione del diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione europea, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa in questione".

¹³ Si veda, senza alcuna pretesa di esaustività, R-M. CHEVALLIER, "Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law", *Common Market Law Review*, 1965, p. 21; J. BENOËT-XEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice – Toward a European Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1993; A. ALBORS LLORENS, "The European Court of Justice, More than a Teleological Court", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, p. 373; T. KOOPMANS, "The Theory of Interpretation and the Court of Justice", in D. O'KEEFE, A. BAVASSO (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley – Judicial Review in European Union Law*, vol. 1, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 45; J. JOUSSEN, "L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario", *Rivista critica del diritto privato*, 2001, p. 491; J. BENOËT-XEA, N. MAC CORMICK, E. MORAL SORIANO, "Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice", in G. DE BÜRCA, J.H.H. WEILER (a cura di), *The European Court of Justice*, nella collana *The Collected Courses of the Academy of European Law*, P. ALSTON, G. DE BÜRCA (a cura di), Oxford, OUP, 2001; A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006; M. POIARES MADURO, "Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a context of Constitutional Pluralism", *Working Paper IE Law School*, 2008; G. ITZCOVICH, "The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice", *German Law Journal*, 2009, p. 577; G. BECK, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice of the EU*, Londra, Hart Publishing, 2012; K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, "To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice", *EUI Working Papers*, 2013; J. D. LÜTTRINGHAUS, "Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, p. 30.

¹⁴ In questo senso, J. BENOËT-XEA, *The Legal Reasoning*, cit., p. 233. La medesima classificazione è stata poi ripresa, tra gli altri, da G. BECK, *The Legal Reasoning*, cit., p. 187; G. ITZCOVICH, "The Interpretation", cit., p. 549.

¹⁵ La Corte di Giustizia, nella già menzionata pronuncia *Van Gend en Loos* ha chiarito che l'allora Comunità europea costituisce un "ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale". Si veda, in questo senso, G. ITZCOVICH, "The Interpretation", cit., p. 543. L'esigenza di tenere distinta l'interpretazione quale prevista dagli articoli 31 e seguenti della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati, da un lato, e l'interpretazione delle norme di diritto primario e derivato dell'Unione europea, dall'altro, si evince, a titolo esemplificativo, dalla necessità di interpretare restrittivamente un Trattato internazionale.

¹⁶ Il riferimento, per quanto concerne l'ordinamento italiano, va ai criteri contenuti nell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.

¹⁷ Nel senso che l'autonomia debba intendersi con riferimento tanto al diritto internazionale quanto con riguardo al diritto interno, si veda, *inter alia*, G. ITZCOVICH, "The Interpretation", cit., p. 544.

¹⁸ In questo senso, godono di interpretazione autonoma le nozioni, *inter alia*, di consumatore, aiuti di stato, impresa.

17. Il criterio semiotico prende le mosse dal significato letterale dei termini impiegati. Pur essendo il necessario ed imprescindibile presupposto del processo interpretativo, nel diritto dell'Unione europea esso subisce i condizionamenti legati al multilinguismo¹⁹ e all'impiego degli altri criteri interpretativi²⁰.

18. L'interpretazione sistematica volge la propria attenzione al contesto in cui l'espressione si inserisce. Formano parte del contesto i considerando che aprono gli strumenti di diritto dell'Unione europea. Tuttavia, non essendo vincolanti, essi non possono condurre all'attribuzione di significati non previsti dalla norma cui si riferiscono²¹. Peraltro, secondo parte della dottrina, l'interpretazione sistematica non gode di forza persuasiva autonoma, atteso che la stessa presuppone, appunto, l'esistenza di un sistema²². Quest'ultimo non sembra potersi ravvisare – o quantomeno, non ancora, se non in forma embrionale – nel diritto internazionale privato dell'Unione europea. Tale opinione è solo parzialmente condivisibile: l'interpretazione sistematica, anziché limitarsi a riconoscere e riflettere l'esistenza di un sistema, è chiamata a veicolare la piena realizzazione²³, nonché l'idea di coerenza e coesione che vi è sottesa.

19. I criteri dinamici pongono al centro dell'attenzione gli obiettivi perseguiti dal legislatore sovranazionale. Tendendo alla creazione di “una Unione sempre più stretta²⁴”, quest'ultimo promuove un'ampia e profonda integrazione tra gli Stati membri, peraltro senza sempre individuare un livello massimo della stessa. Dal momento che il soddisfacimento di detti obiettivi è centrale, nella classificazione prospettata deve essere assicurata preminenza ai criteri dinamici, nella loro triplice sfumatura funzionale, teleologica e consequenzialista. Le norme di diritto derivato devono essere interpretate tenendo in considerazione il dato testuale e il contesto in cui sono iscritte, pur nella consapevolezza della loro strumentalità rispetto ai principi generali espressi dal diritto primario e della necessità di assicurare loro un *effet utile*²⁵.

20. L'interpretazione storica²⁶, facendo in un certo senso da contrappunto al carattere dinamico ed evolutivo del diritto dell'Unione europea²⁷, assume rilievo, perlopiù, quando consenta una attualizzazione degli strumenti cui si riferisce ed una loro funzionalizzazione al soddisfacimento degli obiettivi perseguiti.

21. La tecnica della comparazione è volta non tanto a trovare la migliore soluzione ermeneutica in astratto considerata, quanto ad individuare quella che meglio assicura il raggiungimento degli scopi che guidano l'azione dell'Unione europea, alla luce delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e dell'effettivo modo di essere dei rispettivi sistemi nazionali. L'impiego della comparazione giuridica viene dunque anch'esso strumentalizzato e posto al servizio dell'interpretazione teleologica²⁸.

¹⁹ Il multilinguismo rende plausibili eventuali ambiguità nell'interpretazione delle espressioni di volta in volta considerate. Simili incertezze possono essere risolte solo tramite l'impiego dei criteri sistematici e teleologici. Si veda, G. BECK, *The Legal Reasoning*, cit., p. 189; J. BENOÏT, *The Legal Reasoning*, cit., p. 235.

²⁰ Il significato letterale dell'espressione è chiamato a farsi da parte qualora porti a soluzioni confliggenti con lo scopo, lo schema generale ed il contesto dello strumento in cui l'espressione stessa è inserita. In questo senso, si veda G. BECK, *The Legal Reasoning*, cit., p. 189, nonché CGCE 6 ottobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, C-9/70, Racc. 1970, p. 825, par. 12.

²¹ In questo senso, G. BECK, *The Legal Reasoning*, cit. spec. p. 191, e CGCE 9 febbraio 1995, *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA*, C-412/93, Racc. I 1995, p. 179, spec. par. 47.

²² Si veda, al proposito, J. JOUSSEN, “L'Interpretazione”, cit., p. 527.

²³ Sull'idea di interpretazione del diritto dell'Unione europea come atto creativo, si veda J. JOUSSEN, “L'interpretazione”, cit., p. 503.

²⁴ L'espressione è racchiusa nel Preambolo al TFUE; nel Preambolo del TUE, gli Stati membri si dichiarano “decisi a segnare una nuova tappa nel processo di integrazione europea”.

²⁵ Si veda, per tutti, K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, “To Say”, cit., p. 14.

²⁶ Si veda G. ITZCOVICH, “The Interpretation”, cit., p. 553; G. BECK, *The Legal Reasoning*, cit., p. 217; A. ALBORS-LLORENS, “The European Court of Justice”, cit., p. 379; J. JOUSSEN, “L'interpretazione”, cit., p. 529.

²⁷ Beninteso, la Corte di Giustizia ha sovente fatto riferimento ai lavori preparatori e alle relazioni che accompagnano alcune Convenzioni, tra le quali la Relazione Jenard relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968. Si veda, in questa prospettiva, F. SALERNO, *Giurisprudenza*, cit., p. 39.

²⁸ M. POIARES MADURO, “Interpreting”, cit., p. 5.

22. L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione ha consentito alla Corte di affiancare all'interpretazione teleologica quella che è stata definita "interpretazione meta-teleologica"²⁹. In base a quest'ultima, andrebbe attribuito rilievo non tanto alla funzione delle norme di volta in volta interpretate o degli strumenti nei quali sono racchiuse, ma alla funzione del sistema in cui tali norme e strumenti sono inseriti³⁰. L'interpretazione teleologica è dunque intimamente connessa all'interpretazione logico-sistemica: rilevante è il *telos*, non soltanto della norma o della locuzione in gioco, ma dell'intero sistema in cui essa è collocata.

23. Le considerazioni appena svolte, come si è accennato, valgono in linea di massima per tutti i settori dell'ordinamento regionale. In riferimento alle norme in materia di cooperazione giudiziaria civile (e, più in generale, per quanto riguarda le norme relative alla costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia), l'articolo 67 del TFUE suggerisce la necessità di tener conto di una specifica esigenza: quella di raccordare il perseguimento degli scopi regionali con il rispetto dovuto alle diverse tradizioni giuridiche nazionali e al rispetto dei diritti umani fondamentali³¹.

III. In concreto: la nozione autonoma del concetto di "cause" della crisi nel regolamento (CE) n. 2201/2003 e nel regolamento (UE) n. 1259/2010

1. Criteri semiotici

24. Il significato letterale delle espressioni impiegate nei due considerando evocati in precedenza non pone particolari problemi: entrambi segnalano che i regolamenti vogliono occuparsi dell'attenuazione del vincolo coniugale. Solo il regolamento Roma III – quantomeno di primo acchito – intende far sì che la legge individuata tramite le pertinenti norme di conflitto si applichi anche alle cause della crisi matrimoniale.

25. Il raffronto tra le varie versioni linguistiche – *grounds for divorce*, *causes de divorce*, *causas de divorcio*, *Scheidungsgründe*, *causas do divórcio* – non consente di escludere con certezza la pronuncia sull'addebito dal novero delle questioni disciplinate dai regolamenti Bruxelles II *bis* e Roma III.

26. In chiave storica, un rilievo limitato riveste la "Relazione esplicativa relativa alla convenzione stabilita sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali" elaborata da Alegria Borrás con riferimento alla Convenzione del 28 maggio del 1998, strumento predecessore del regolamento (CE) n. 1347/2000 e del regolamento (CE) n. 2201/2003³². Il quadro normativo odierno in materia di diritto internazionale privato della famiglia è così sensibilmente variato che non sembra possibile assicurare una attualizzazione, e dunque una funzionalizzazione, delle espressioni alla luce dello stadio evolutivo oggi raggiunto dal diritto internazionale privato della famiglia nell'Unione europea³³.

²⁹ Si veda, in particolare, M. POIARES MADURO, "Interpreting", cit., p. 4.

³⁰ In questo senso, M. POIARES MADURO, "Interpreting", cit., p. 4.

³¹ L'articolo 67 del TFUE prevede che, nel dar vita ad uno spazio di libertà sicurezza e giustizia, l'Unione rispetti i "diversi ordinamenti giuridici e (...) le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri".

³² Essa, al punto 22, specifica che "(l)a convenzione si limita ai procedimenti specificamente relativi al vincolo matrimoniale, ossia l'annullamento del matrimonio, il divorzio e la separazione personale" mentre non vuole occuparsi di "questioni quali la colpa dei coniugi, gli effetti del vincolo matrimoniale sul patrimonio o l'obbligazione alimentare o altre eventuali misure accessorie (diritto al nome, ecc.), che pur sono connesse con i temi precedenti".

³³ La relazione introduce peraltro un elemento relativo alla colpa dei coniugi che, tuttavia, trova riscontri diversificati nei successivi regolamenti. Mentre il considerando n. 10 del regolamento (CE) n. 1347/2000 prevedeva che quest'ultimo non arrecasse pregiudizio a "questioni quali la colpa dei coniugi", tale ultima formula non compare né nel corrispondente considerando n. 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003, né tantomeno, sul versante dei conflitti di leggi, nel considerando n. 10 del regolamento (UE) n. 1259/2010.

2. Criteri sistematici

27. Il regolamento (UE) n. 1259/2010 si iscrive in una logica di complementarità con il regolamento (CE) n. 2201/2003 integrando la disciplina delineata da quest'ultimo sul piano dei conflitti di leggi³⁴.

28. L'articolo 2 del regolamento (UE) n. 1259/2010 dispone che quest'ultimo faccia salva (*shall not affect, n'a pas d'incidence, lässt ... unberührt, no afectar*) l'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003³⁵. Il primo capoverso del considerando n. 10 del Regolamento Roma III ribadisce che quest'ultimo, "sia nell'ambito di applicazione sostanziale sia nelle disposizioni dovrebbe essere coerente con il regolamento (CE) n. 2201/2003³⁶". Tuttavia, il medesimo considerando, sancendo al secondo capoverso che la legge determinata dalle norme di conflitto contenute nel regolamento Roma III "dovrebbe applicarsi alle cause del divorzio e della separazione personale", sembra porsi in contrasto con il considerando n. 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003 che, dal canto suo, specifica che il Regolamento "non dovrebbe riguardare questioni quali le cause di divorzio".

29. La lettura combinata dei menzionati strumenti, pertanto, non consente di dipanare tutti gli interrogativi. Essa difatti sembra ammettere la situazione nella quale un giudice, sulla scorta di norme sulla giurisdizione uniformi, è chiamato a decidere *esclusivamente* della separazione personale tra coniugi. Nel farlo, il medesimo giudice, stando alla lettera dei due considerando, si troverebbe tuttavia ad applicare una legge, individuata mediante norme di conflitto anch'esse uniformi, che dal canto suo *vuole* invece occuparsi delle ragioni sottese alla separazione medesima.

30. Appare preferibile, date queste premesse, una lettura combinata dei due considerando che tenga conto dello stadio evolutivo della disciplina. Parte della dottrina³⁷ è incline a proporre un'interpretazione evolutiva del considerando n. 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003, alla luce dello sviluppo successivo del diritto internazionale privato dell'Unione europea in materia di famiglia, quale rappresentato dal regolamento (UE) n. 1259/2010. Una simile soluzione troverebbe conforto nella menzionata pronuncia *CILFIT*³⁸, dove la Corte ha precisato che "ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi". Una lettura del regolamento Roma III orientata nel senso di considerare quest'ultimo come uno stadio evolutivo successivo rispetto al regolamento Bruxelles II *bis*, potrebbe consentire il superamento dell'apparente disomogeneità tra gli strumenti stessi³⁹.

31. Nemmeno tale soluzione, tuttavia, può dirsi del tutto appagante. Ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo, labile diverrebbe la distinzione tra quella che vorrebbe essere una interpretazione evolutiva e quella che, in ultima analisi, diverrebbe una abrogazione *tout court* della lettera del considerando. In secondo luogo, nella Proposta di riforma del regolamento (CE) n. 2201/2003 (COM(2016)411/2), il considerando n. 8 mantiene pressoché intatta la sua formulazione e persiste nel prevedere che il Regolamento non voglia occuparsi di "questioni quali le cause di divorzio".

³⁴ Si veda P. FRANZINA, *sub* Art. 2, in P. FRANZINA (a cura di), "Regolamento UE n. 1259/2010", cit., p. 1464.

³⁵ Sulla valenza pedagogica di tale disposizione, si veda P. FRANZINA, *sub* Art. 2, in P. FRANZINA (a cura di), "Regolamento UE n. 1259/2010", cit., p. 1465.

³⁶ Con l'esclusione dell'annullamento del matrimonio, tema di cui, come chiarito dal considerando n. 10, il regolamento (UE) n. 1259/2010 non vuole occuparsi.

³⁷ S. CORNELOUP, *sub* Art. 2 Reg. (UE) n. 1259/2010, in S. CORNELOUP (a cura di), *Droit européen du divorce/European Divorce Law*, Digione, LexisNexis, 2013, p. 518.

³⁸ Si veda, *supra*, nota 12.

³⁹ In tal senso, S. CORNELOUP, *sub* Art. 2, cit., p. 518, che evidenzia come "le Règlement Rome III peut avoir une incidence sur l'application du Règlement Bruxelles II bis", dal momento che è preferibile che le nozioni autonome impiegate nei Regolamenti "fassent l'objet d'une interprétation commune, afin d'assurer une cohérence entre les différents instruments du droit international privé de l'Union européenne".

3. Criteri dinamici

32. I criteri che meglio garantiscono l'efficacia dell'interpretazione autonoma sono quelli che danno rilievo al dinamismo insito nel progetto di integrazione europea e che combinano, integrandole a vicenda, considerazioni di ordine logico-sistematico e teleologico⁴⁰. Occorre, pertanto, interpretare teleologicamente l'espressione "cause del divorzio", tenendo in considerazione gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione.

33. L'intensa attività normativa che il legislatore sovranazionale ha posto in essere negli ultimi anni sulla base dell'articolo 81 TFUE ha interessato numerosi profili della materia familiare⁴¹. Gli strumenti adottati, seppur settoriali, intendono contribuire alla progressiva creazione – ancorché, oggi, allo stadio embrionale – di un sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea in materia familiare, di fatto riflettendo le *policies* che in questo ambito guidano l'azione del legislatore.

34. Ogni enunciato impiegato all'interno di un atto normativo deve essere interpretato funzionalmente nell'ottica del migliore raggiungimento dello stesso proposito. Se pertanto l'Unione europea si propone di assicurare la libera circolazione degli individui e la continuità delle loro relazioni di natura personale e patrimoniale anche l'espressione "cause di divorzio" contenuta nel considerando n. 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003 e nel considerando n. 10 del Regolamento (UE) n. 1259/2010 è chiamata ad essere interpretata in vista del soddisfacimento di tale scopo ultimo.

IV. Le ragioni che portano a propendere, nel diritto internazionale privato dell'Unione europea in materia familiare, verso l'inscindibilità della pronuncia sull'addebito da quella sulla separazione

35. Un'interpretazione dell'espressione "cause di divorzio" che portasse a escludere dal campo di applicazione del Regolamento Bruxelles II *bis* eventuali pronunce connesse al giudizio principale di separazione, riferite alla colpa di uno dei due coniugi, sarebbe poco consonante con l'oggetto e lo scopo del Regolamento e con gli obiettivi perseguiti dall'Unione attraverso le sue norme di diritto internazionale privato.

36. Tale eventualità comporterebbe infatti la frammentazione della lite, poiché le varie componenti della controversia potrebbero finire con l'essere assegnate alla cognizione di giudici di Stati diversi, con il rischio di pervenire all'adozione di pronunce contrastanti.

37. Una simile evenienza potrebbe essere scongiurata attraverso il funzionamento delle norme che presiedono al coordinamento dei procedimenti instaurati in diversi Stati membri⁴², ad esempio prevedendo un meccanismo di connessione privativa simile a quello previsto dall'articolo 30⁴³ del Rego-

⁴⁰ F. SALERNO, *Giurisdizione*, cit., p. 40.

⁴¹ Oltre ai due regolamenti già menzionati, sono difatti stati adottati il Regolamento (CE) n. 4/2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, *GUCE* L 7 10 gennaio 2009, p. 1; il Regolamento (UE) 2016/1103 del 24 giugno 2016 che attua una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, *GUCE* L 183 8 luglio 2016, p. 1; e il Regolamento (UE) 2016/1104 del 24 giugno 2016 che attua una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, *GUCE* L 183 8 luglio 2016, p. 30.

⁴² Su tali meccanismi, si vedano, per tutti, F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale: Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, Jovene, 2008; E. D'ALESSANDRO, *La connessione tra controversie transnazionali – Profili sistematici*, Torino, Giappichelli, 2008; F. SALERNO, "Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001", *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, p. 5.

⁴³ Si veda, P. ROGERSON, *sub.* Art. 30, in A. DICKINSON, E. LEIN (a cura di), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 33. L'articolo contiene una definizione autonoma di cause connesse, da intendersi come quelle "cause aventi tra di loro un collegamento così stretto da rendere opportuna un'unica trattazione e decisione per evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivante da una trattazione separata". La definizione è stata precisata dalla successiva

lamento (UE) n. 1215/2012. Ragioni di buona amministrazione della giustizia, efficienza ed economia processuale militano a favore di un coordinamento tra procedimenti connessi instaurati dinanzi a giudici diversi. La connessione tra cause, nella prospettiva europea, è risolta tramite l'impiego di un criterio cronologico⁴⁴, che in genere si reputa idoneo a garantire semplicità di utilizzo, certezza ed efficienza, sul presupposto di un altro grado di reciproca fiducia tra gli Stati membri⁴⁵.

38. In ambito matrimoniale⁴⁶, il regolamento (CE) n. 2201/2003 non contempla un meccanismo simile a quello previsto dall'articolo 30 del regolamento Bruxelles I *bis*. Una norma di raccordo e coordinamento tra procedimenti connessi era invece contenuta nel regolamento (CE) n. 1347/2000⁴⁷, strumento predecessore del Regolamento Bruxelles II *bis*, al secondo paragrafo dell'articolo 11. Tuttavia, secondo buona parte della dottrina⁴⁸ l'articolo 19, par. 1, del regolamento Bruxelles II *bis* si riferisce sia alla litispendenza che alla connessione, dato che la sua rubrica persiste nel voler abbracciare tanto la prima quanto la seconda questione⁴⁹.

39. Nel caso in esame, pare opportuno considerare che qualora due procedimenti, l'uno teso ad ottenere lo scioglimento o l'attenuazione del vincolo matrimoniale, l'altro relativo anche all'addebito della separazione, fossero instaurati dinanzi a giudici di Stati membri diversi⁵⁰, ragioni legate all'efficienza ed alla buona amministrazione della giustizia renderebbero auspicabile la sospensione del procedimento instaurato dinanzi al giudice adito successivamente in attesa dell'accertamento della competenza da parte dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

40. Beninteso, come nota la dottrina⁵¹, la parcellizzazione dei diversi profili litigiosi di una medesima situazione familiare non è un'eventualità rara: il diritto internazionale privato uniforme europeo mostra di accettarla, o almeno di non volerla scongiurare in termini assoluti. Ciononostante, un conto è la frammentazione tra la pronuncia sullo statuto personale e una decisione riguardante le obbligazioni

giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in particolare, dalle sentenze CGCE 6 dicembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the ship "Tatry" c. The owners of the ship "Maciej Rataj"*, C-406/92, *Racc. I*, 1994, p. 5439; CGCE 13 luglio 2006, *Roche Nederland BV e a. contro Frederick Primus e Milton Goldenberg*, C-539/03, *Racc. I*, 2006, p. 6535; CGCE 11 ottobre 2007, *Freeport plc c. Olle Arnoldsson*, C-98/06, *Racc. I*, 2007, p. 8319. Sulla connessione internazionale si veda altresì S. LEMAIRE, "La connexité internationale", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2008-2010, p. 95 ss; in particolare, l'Autrice si concentra sulla fluidità dell'eccezione di connessione e sulla necessità di individuare una definizione della stessa per esclusione, prendendo le mosse dal diverso concetto di litispendenza. Mentre, per l'Autrice la litispendenza porterebbe con sé il rischio di inconciliabilità delle decisioni, la connessione, dal canto suo, si limiterebbe a comportare il minor rischio di incoerenza.

⁴⁴ La predilezione verso l'impiego di un criterio mera prevenienza cronologica nel coordinamento tra procedimenti è tipica dei sistemi della tradizione di *civil law*. I sistemi di *common law*, invece, adottano criteri – quali, a titolo esemplificativo, il *forum non conveniens* e le *anti-suit injunctions* – che tengono in considerazione l'appropriatezza del foro nel decidere la lite. Si veda sul punto F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza*, cit., p. 9.

⁴⁵ P. MANKOWSKI, *sub Art. 19*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (a cura di), *Brussels II bis*, cit., p. 223.

⁴⁶ Sulla litispendenza e connessione in ambito familiare, oltre al già menzionato F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza*, cit., p. 170, si veda ID., "Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i Regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 699.

⁴⁷ L'articolo 11 prevedeva, al paragrafo n. 2, che "(q)ualora dinanzi a giudici di Stati membri diversi e tra le stesse parti (fossero) state proposte domande relative al divorzio, alla separazione personale o all'annullamento del matrimonio, non aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo", il giudice adito successivamente potesse sospendere «d'ufficio il procedimento finché non (fosse) stata accertata la competenza del giudice preventivamente adito».

⁴⁸ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza*, cit., p. 172; P. MCELEAVY, "Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition", *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 503. Si veda, però, *contra*, P. MANKOWSKI, *sub Art. 19*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (a cura di), *Brussels II bis*, cit., p. 224.

⁴⁹ Nemmeno la Proposta (COM(2016) 411 final) di rifusione del regolamento Bruxelles II *bis* sembra voler modificare la formulazione dell'art. 19.

⁵⁰ Seguendo questa prospettiva, il procedimento relativo alla separazione verrebbe ad essere instaurato davanti ad uno dei giudici individuati ai sensi dell'articolo 3 del Regolamento (CE) n. 2201/2003, mentre il procedimento relativo ai profili dell'addebito, non potendo rientrare nella sfera applicativa di quest'ultimo, verrebbe verosimilmente ad essere incardinato davanti alle autorità giurisdizionali individuate attraverso gli articoli 4 e 7 n. 2, del Regolamento (UE) n. 1215/2012. Una critica a tale soluzione verrà proposta *infra*.

⁵¹ Si veda, per tutti, F. SALERNO, *Giurisdizione*, cit., p. 67.

alimentari eventualmente ad esso connesse, altro conto è una eventuale frammentazione con riferimento a due aspetti intimamente connessi alla medesima dichiarazione sullo status quale, nel caso di specie, la pronuncia sull'addebito della separazione⁵².

41. Peraltro, una lettura della locuzione “cause di divorzio” contenuta nel considerando n. 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003 consonante con gli obiettivi del legislatore dell'Unione in materia familiare potrebbe suggerire che, con esso, il regolamento abbia inteso *non* volersi applicare ai giudizi di mero accertamento, eventualmente a fini risarcitori, della sussistenza delle ragioni che potrebbero *in astratto* portare ad una pronuncia di separazione personale o di divorzio⁵³.

42. Quanto alla circolazione delle decisioni straniere⁵⁴, una interpretazione restrittiva della locuzione “cause di divorzio” che portasse ad escludere dal campo di applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 l'eventuale pronuncia sull'addebito, farebbe sì che una pronuncia sulla separazione che disciplinasse incidentalmente un profilo connesso alla colpa godrebbe solo parzialmente dei benefici del riconoscimento automatico previsto all'articolo 21 del regolamento Bruxelles II *bis*. Il provvedimento circolerebbe in altri Stati membri solo con riferimento alle determinazioni sull'allentamento del vincolo matrimoniale.

43. Una simile ipotesi, seppur sostenuta in dottrina⁵⁵, appare in contrasto con gli obiettivi sottesi all'azione del legislatore dell'Unione in materia familiare: obiettivi, in ultima analisi, che possono essere raggiunti efficacemente solo se l'individuo che abbia ottenuto un provvedimento da un giudice di uno Stato membro sullo scioglimento del proprio vincolo matrimoniale, comprensivo di statuizioni sulle eventuali colpe della crisi, possa spenderlo *integralmente* anche al di là dei propri confini nazionali⁵⁶.

⁵² Al riguardo, si veda U.P. GRUBER, *sub* Art. 1 Reg. (CE) 2201/2003, in S. CORNELOUP (a cura di), *Droit*, cit., p. 209, secondo il quale una decisione accessoria con la quale si constatino profili di colpa come quella, nel nostro ordinamento, dell'addebito della separazione “malgré la formulation du considérant 8 du règlement Bruxelles II *bis*, tombe dans le champ du règlement. Ceci est dû au fait que cette décision ne se laisse pas séparer du prononcé du divorce sans créer un risque de résultats contradictoires”.

⁵³ In tale ottica, si veda U.P. GRUBER, “Die neue EheVO und die deutschen Ausführungsgesetze”, *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2005, p. 294, il quale nota che “die Scheidungsgründe nicht Gegenstand der Verordnung sind. Dies hindert die Gerichte selbstverständlich nicht daran, über die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Scheidung zu befinden. Soweit dies von dem jeweiligen Scheidungsstatut vorgesehen ist, kann bzw. muss das Gericht in den Tenor eine Feststellung über ein Scheidungsverschulden aufnehmen”.

⁵⁴ Si occupa solo di questo la Convenzione del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni per elaborata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato. Il secondo paragrafo dell'art. 2, tuttavia, specifica che essa “ne vise pas les dispositions relatives aux torts, ni les mesures ou condamnations accessoires prononcées par la décision de divorce ou de séparation de corps, notamment les condamnations d'ordre pécuniaire ou les dispositions relatives à la garde des enfants” (nella versione inglese, “does not apply”). Il *Rapport explicatif*, redatto da P. BELLET e B. GOLDMAN, evidenzia come la portata del riconoscimento sia limitata solo all'oggetto principale della decisione straniera – la dissoluzione o attenuazione del vincolo coniugale. Il *Rapport* specifica, *inter alia*, che le misure escluse – il cui elenco ha carattere meramente esemplificativo e non esaustivo – ben possono godere del riconoscimento in virtù delle norme interne o di altre Convenzioni internazionali. Tale esclusione “a seulement pour effet d'écarter l'obligation de reconnaissance: elle n'impose pas le refus”. Sull'esclusione della pronuncia sull'addebito della separazione dal campo di applicazione della Convenzione, si veda P. CENDON, a cura di, *Commentario al codice civile. L. 1 dicembre 1970, n. 898*, Milano, Giuffrè, 2009, spec. p. 237. Beninteso, il quadro entro cui è stata elaborata la Convenzione è senza dubbio distinto da quello in cui si inscrivono i regolamenti Bruxelles II *bis* e Roma III. Diversi sono, difatti, gli obiettivi perseguiti dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, da un lato, e dal legislatore dell'Unione europea nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, dall'altro. La Convenzione intende esclusivamente di far sì che una pronuncia resa in uno degli Stati contraenti possa godere del riconoscimento in un altro Stato contraente, onde garantire la certezza delle situazioni giuridiche. L'Unione europea si propone di elaborare una disciplina internazionaleprivatistica integrata del fenomeno della crisi matrimoniale con elementi di estraneità.

⁵⁵ In particolare, W. PINTENS, *sub* Art. 1, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (a cura di), *Brussels II bis*, cit., p. 69, secondo il quale comunque rimarrebbe possibile “recognise and enforce the divorce consequences under other conventions or under autonomous law”.

⁵⁶ Non appare, in questa prospettiva, pienamente condivisibile l'orientamento espresso da T. RAUSCHER, *sub* Art. 1 *Brüssel Ila-VO*, in T. RAUSCHER (a cura di) *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – Kommentar*, Köln, Sellier, 4. Auflage, 2015, p. 53, secondo cui “(d)ie aus diesem Grund ausgesprochene Scheidung ist auch nach Art. 21 ff anzuerkennen, wobei das Verschulden, soweit es bloßes Tatbestandsmerkmal des Scheidungsgrundes ist, an der Wirkungen der Anerkennung nicht teilhat”.

Tale esigenza di coerenza altro non sarebbe che un'espressione di quello che è stato autorevolmente definito come principio di unità della famiglia nel diritto internazionale privato⁵⁷.

44. La circolazione della decisione sull'addebito della separazione deve peraltro essere garantita anche qualora l'ordinamento di destinazione non conosca tale istituto: depone in questo senso l'articolo 25 del regolamento (CE) n. 2201/2003.

45. Beninteso, la circolazione della porzione della decisione concernente i profili di colpa potrebbe, comunque, godere dei benefici del riconoscimento automatico attraverso, ad esempio, le norme di diritto internazionale privato comune. Più problematica, appare, invece la circolazione della pronuncia sull'addebito della separazione tramite le disposizioni contenute nel Regolamento (UE) n. 1215/2012, il quale, all'articolo 1, par. 2, lett. a), esclude dal proprio campo di applicazione questioni quali "lo stato e la capacità delle persone fisiche"⁵⁸.

46. Anche ammettendo che la pronuncia sull'addebito possa circolare attraverso il regolamento Bruxelles I *bis*, la frammentazione che ne deriverebbe sarebbe da un lato eccessivamente dispendiosa e, dall'altro, colliderebbe con quegli interessi ed obiettivi che guidano l'Unione europea in materia di status e famiglia. Per un verso, non sembra ragionevolmente prevedibile il ricorso al regolamento (UE) n. 1215/2012 per garantire il riconoscimento di una situazione che, in ultima analisi, attiene alla materia familiare; per altro verso, la certezza delle situazioni giuridiche sarebbe a rischio atteso che – come parallelamente visto con riferimento alle norme sul coordinamento tra i procedimenti – non sarebbe scongiurata l'eventualità di giudicati contrastanti riferiti alla medesima situazione familiare⁵⁹.

V. Considerazioni critiche sulle diverse soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza

47. Ricostruita la cornice normativa della disciplina dell'addebito, conviene ora esaminare le diverse soluzioni proposte in dottrina ed in giurisprudenza *supra* menzionate.

48. Il primo orientamento, secondo il quale l'addebito della separazione non è assoggettabile a norme sulla giurisdizione e di conflitto diverse da quelle previste per la domanda di separazione personale, fa rientrare la pronuncia sull'addebito nella sfera di applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 e del regolamento (UE) n. 1259/2010. Pur pervenendo ad una conclusione condivisibile, poggia su argomenti non del tutto persuasivi.

49. Fondando la statuizione sul presupposto dell'inscindibilità *nel nostro sistema* della pronuncia sull'addebito – ancorché autonoma⁶⁰ e soltanto eventuale – dalla domanda di separazione⁶¹, i fau-

⁵⁷ W. WENGLER, "The general principles of private international law", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 104, 1961, p. 398.

⁵⁸ Si veda, al proposito, P. ROGERSON, *sub. Art. 1*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (a cura di), *European Commentaries on Private International Law – Brussels I bis*, Köln, Sellier, 2016, p. 70; P. MANKOWSKI, *sub. Art. 1*, in T. RAUSCHER (a cura di), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – Brussels Ia-VO*, Köln, Sellier, 4. Auflage, 2016, p. 121.

⁵⁹ Obiettivi, peraltro, indicati anche dal considerando n. 9 del Regolamento Roma III.

⁶⁰ Sull'autonomia, nel nostro sistema, della pronuncia sull'addebito da quella della separazione, si veda Cass. civ. SS.UU. 3 dicembre 2001, n. 15248.

⁶¹ Appare opportuno segnalare come, peraltro, una recente pronuncia della Corte di Cassazione si sia espressa rispetto ad una domanda di attribuzione dell'assegno divorzile avanzata da una donna nei confronti dell'ex coniuge solo in seguito alla pronuncia di divorzio, ritualmente ottenuta nella Repubblica Ceca. La Corte, rammentando che "la richiesta di corresponsione dell'assegno periodico di divorzio di cui alla legge n. 898 del 1970, art. 5, si configura come domanda (connessa ma) autonoma rispetto a quella di scioglimento del matrimonio", ha stabilito che "la parte che nel corso del giudizio divorzile non l'abbia ritualmente avanzata, ben potrà proporla successivamente senza che a ciò sia di ostacolo l'intervenuta pronuncia di scioglimento del vincolo di coniugio". Secondo la Cassazione, difatti, la contestuale pronuncia dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio "non risponde a un principio costituzionale che imponga la regolamentazione contestuale dei diritti e dei doveri scaturenti da un determinato status". Peraltro, qualora, come nel caso oggetto della sentenza della Corte, la pronuncia sullo status sia intervenuta in uno Stato estero che consente la proposizione della domanda sull'assegno divorzile

tori della posizione ora descritta piegano l'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato di matrice sovranazionale al modo d'essere delle norme (sostanziali e processuali) del foro. Qualora l'interpretazione di detti strumenti venisse affrontata dai singoli interpreti alla luce delle peculiarità del proprio ordinamento nazionale, le norme dell'Unione – che si vogliono uniformi – rischierebbero di assumere un significato variabile a seconda dello Stato membro da cui la fattispecie viene osservata. Gli obiettivi perseguiti attraverso l'unificazione regionale del diritto internazionale privato risulterebbero, allora, fatalmente frustrati.

50. Il secondo orientamento descritto, trascurando di porsi interrogativi sulla disciplina internazionale-privatistica dell'addebito della separazione, fa rientrare pacificamente la pronuncia sull'addebito della separazione nella sfera di applicazione dei regolamenti Bruxelles II *bis*, per la competenza giurisdizionale, e Roma III, per la legge applicabile: seppur convincente per quanto concerne l'esito cui perviene, trascura di affrontare un ineludibile bisogno di inquadramento giuridico e deve pertanto essere censurato.

51. Il terzo indirizzo ritiene la domanda di addebito assimilabile ad una azione per il risarcimento per il danno subito, riconducendola, quanto alla giurisdizione, sotto gli articoli 4 e 7 n. 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012. Pur avendo il pregio di ricercare di evitare soluzioni di continuità nel nascente sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea⁶², non appare pienamente condivisibile per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'assimilazione della pronuncia sull'addebito della separazione ad un'azione di responsabilità extracontrattuale appare difficilmente sostenibile: un conto è una decisione di separazione personale tra i coniugi che tenga conto anche dei profili attinenti all'addebito; altro conto è una *autonoma* azione – sempre possibile – per ottenere il risarcimento dei danni subiti da un coniuge a seguito di comportamenti posti in essere dall'altro che potrebbero in astratto costituire i presupposti per una separazione. Mentre nella prima ipotesi l'intima interdipendenza tra le due pronunce, rende il ricorso al regolamento (UE) n. 1215/2012 ai fini dell'individuazione della competenza giurisdizionale poco plausibile e prevedibile, l'azione di matrice esclusivamente extracontrattuale ben potrebbe trovare ascolto dinanzi al giudice individuato ai sensi delle norme sulla giurisdizione contenute nel regolamento (UE) n. 1215/2012.

52. In secondo luogo, anche questa ipotesi è chiamata ad essere messa alla prova dei criteri interpretativi letterale, intertestuale e teleologico. Interrogativi di difficile superamento sorgono allorché si proceda ad un'interpretazione intertestuale. Se infatti è vero che il regolamento (UE) n. 1215/2012⁶³ può delineare una cornice normativa per quelle materie che, pur rientrando nella materia civile e commerciale, non trovano disciplina negli altri strumenti che si occupano, solo o anche, di competenza giurisdizionale⁶⁴, lo stesso non può dirsi del parallelo regolamento (CE) n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali. Quest'ultimo, all'art. 1, par. 2, lett. a), esclude espressamente dal

in un giudizio separato rispetto a quello sullo status, l'assenza di un collegamento contestuale tra le due pronunce non può costituire una preclusione processuale. Si veda, Cass. Civ., sez. I 1 febbraio 2016, n. 1863, *Diritto e Giustizia*, fasc. 7, 2016, p. 23. Si veda, altresì, I. VIARENGO, "International Divorce Proceedings in Italy: Issues Arising in the Case Law", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, fasc. 3, p. 718. L'affermazione del principio della scindibilità del giudizio sullo status rispetto al giudizio sull'assegno divorzile impone una riflessione sulla possibilità di ampliarne la portata fino a ricomprendere anche la domanda relativa all'addebito della separazione. Proprio l'autonomia della pronuncia sull'addebito dalla decisione sullo status – autonomia, come visto, espressamente sancita dalla medesima Corte – fa propendere per una soluzione positiva alla riflessione poc'anzi suggerita. Se ciò fosse vero, e se dunque la domanda di addebito potesse esser proposta anche in un momento successivo alla pronuncia sulla separazione, perderebbe ancor più di consistenza l'orientamento – già di per sé poco persuasivo – che fonda la possibilità di assoggettare la pronuncia sull'addebito alle medesime norme sulla competenza giurisdizionale e di conflitto applicabili alla separazione personale sul presupposto dell'inscindibilità delle due pronunce nel quadro dell'ordinamento italiano.

⁶² Si veda, al proposito, F. SALERNO, *Giurisdizione*, cit., p. 67.

⁶³ Occorre, ad ogni buon conto, rammentare l'esclusione dal campo di applicazione di detto regolamento delle questioni in materia di status contenuta all'articolo 1, par. 2, lett. a).

⁶⁴ Il riferimento, qui, è ai menzionati strumenti in materia di separazione e divorzio, obbligazioni alimentari, regimi patrimoniali tra coniugi e conseguenze patrimoniali delle unioni registrate.

proprio campo di applicazione “le obbligazioni extracontrattuali che derivano dai rapporti di famiglia o da rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili, comprese le obbligazioni alimentari⁶⁵”. Peraltro, il considerando 7 del Regolamento da ultimo menzionato richiede che il suo campo d'applicazione materiale sia coerente con quello del Regolamento (CE) n. 44/2001, strumento predecessore dell'odierno Regolamento (UE) n. 1215/2012, cui deve oggi intendersi riferito il richiamo. Si aggiunga poi che qualora si dovesse reputare applicabile Bruxelles I *bis*, sorgerebbe la necessità di localizzare l'illecito: operazione che, rispetto agli illeciti familiari, potrebbe rivelarsi più ardua di quanto non accada in altri campi.

VI. Osservazioni conclusive

53. Il nodo interpretativo riguardante la locuzione “cause di divorzio”, ai fini dell'inclusione della pronuncia sull'addebito della separazione nell'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 con riferimento alla giurisdizione, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni, e del regolamento (UE) n. 1259/2010, con riguardo ai conflitti di leggi, richiede di essere sciolto attraverso un'interpretazione autonoma della stessa, declinata in chiave funzionalistica. L'istituto dell'addebito, sulla scorta degli argomenti svolti in questo scritto, ricade nel campo di applicazione dei due strumenti ora citati in quanto essa, nel nascente sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea ed alla luce degli obiettivi che legislatore sovranazionale si propone di soddisfare nella sfera familiare, non può essere scissa dalla pronuncia sull'addebito della separazione senza che tali obiettivi e la circolazione degli individui nello spazio giudiziario dell'Unione europea finiscano per essere fatalmente compromessi.

⁶⁵ Si veda, per tutti, A. DICKINSON, *The Rome II Regulation - The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

LA UNIÓN EUROPEA Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO: COMENZANDO UN DIÁLOGO
PROTO-CONSTITUCIONAL*

THE EUROPEAN UNION AND THE WORLD TRADE
ORGANIZATION: A BUDDING PROTO-CONSTITUTIONAL
DIALOGUE

NAIARA ARRIOLA ECHANIZ

*Prof. Dra. Encargada de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto (Bilbao, España)
orchid ID: 0000-0002-9504-5601*

Recibido: 16.06.2017 / Aceptado: 20.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3866>

Resumen: En el presente artículo se analiza la confluencia de ordenamientos jurídicos entre la OMC y la UE desde la perspectiva del sistema de fuentes del Derecho. Esta interconexión normativa ha derivado en disputas comerciales sobre las que se ha pronunciado no sólo el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC sino el propio Tribunal de Justicia de la UE.

Palabras clave: Derecho constitucional, sistema de fuentes, Derecho de la UE, Organización Mundial del Comercio, interconexión normativa.

Abstract: The objective of this article is to analyze the conjunction of legal systems between the World Trade Organization and the European Union. This normative interconnection has caused disputes solved not only by the Dispute Settlement System within the WTO but also applied within the EU judicial system.

Keywords: Constitutional Law, conflicts of norms, European Union Law, World Trade Organization, normative interconnection.

Sumario: Introducción. I. El control de legalidad en el sistema multilateral del comercio. 1. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. 2. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD. II. La constitucionalización económica: el diálogo judicial derivado de las resoluciones del SSD en el ámbito de la UE. 1. El surgimiento de un Derecho constitucional postnacional. 2. La evolución de la jurisprudencia del TJUE en la aplicación del Derecho de la OMC. 3. La interconexión normativa en el ámbito del sistema multilateral del comercio: ¿hacia un nuevo sistema de fuentes? Conclusiones.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad: “Red de Excelencia en Justicia constitucional y diálogo judicial” (DER2016-81801-REDT), cuyo investigador principal es LUIS I. GORDILLO.

Introducción

1. La globalización ha sido capaz de desbordar los contenedores nacionales e internacionales que se desarrollaron en el mundo hasta después de la Segunda Guerra Mundial para convertirnos en ciudadanos de una aldea con problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de solución obsoletos e insuficientes.

La globalización va a ser entendida como un proceso natural e irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación a este nuevo escenario mundializado e interconectado¹. El hecho de que se reconozca que la globalización es un fenómeno irreversible no significa que no se considere que sea necesario un control sobre los procesos que genera y las consecuencias que provoca. De hecho, en el ámbito concreto del sistema multilateral del comercio, la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) se erige como institución fundamental para promover la seguridad jurídica.

El nuevo panorama globalizado incide en la distribución del poder político y lleva a una relación más estrecha la cooperación internacional del primer tercio del siglo XX. Los comienzos de esta cooperación se sitúan en uniones internacionales sectoriales tales como la Unión Postal Universal y la Unión Internacional de Telecomunicaciones, navegación, para dar paso en un momento posterior a organizaciones internacionales con mayor interconexión entre sus miembros como son el Fondo Monetario Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la OMC y organizaciones internacionales de alcance global como la Organización de las Naciones Unidas que enmarcan en su seno uniones de carácter sectorial como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud². El factor inter-estatal del poder internacional está siendo sustituido por una mayor cooperación y dependencia mutua a escala global. Como exponente máximo de esta nueva forma de entender las relaciones supranacionales de los Estados destaca la Unión Europea.

2. En el contexto globalizado el papel del Estado a la hora de producir los marcos normativos para el desarrollo seguro de las actividades económicas, aunque es central, ya no tiene la exclusividad que tuvo en épocas anteriores³. Determinados sujetos privados, tales como las empresas transnacionales, han adoptado un papel de agentes intermediarios estratégicos que contribuyen a la gestión y coordinación de la economía global, por ejemplo, mediante la creación de los regímenes propios para administrar el comercio internacional estableciendo nuevos estándares internacionales privados de contabilidad y revelación de información financiera. Las grandes empresas abogan por una regulación nacional mínima en el mercado y una intervención mínima por parte del Estado, amenazando incluso con una deslocalización de su capacidad productiva a Estados más cercanos a sus demandas⁴. No obstante, como consecuencia de la crisis económica de 2008, se ha generado una corriente política y doctrinal que aboga por

¹ Este proceso globalizador también es definido como un proceso artificial y excluyente por los movimientos y la doctrina antiglobalización, *vide*, entre otros: B. DE SOUSA SANTOS; C. A. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2007; R. FALK, *Predatory Globalization: Critique*, Polity Press, London, 2000; S. GEORGE; M. WOLF, *La globalización liberal. A favor y en contra*, Editorial Anagrama, S.A., Barcelona, 2002; J. GRAY, *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000. Actualmente, los movimientos anti-globalización han encontrado su máximo exponente en la figura del vigesimoquinto presidente de los EEUU Donal Trump quien ha recuperado la retórica del proteccionismo y de la defensa de fronteras frente a la apertura y la liberalización que caracteriza a la globalización, sirva como botón de muestra la reflexión de Y. SINTOMER, «¿Condenados a la posdemocracia?», *Nueva sociedad*, núm. 267, 2017 (Ejemplar dedicado a: *El fantasma del populismo*), pp. 22-34; L. RAIM, «La derecha “alternativa” que agita a Estados Unidos», *Nueva sociedad*, núm. 267, 2017 (Ejemplar dedicado a: *El fantasma del populismo*), pp. 53-71.

² J. L. MEILÁN GIL, *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 23-24.

³ La pérdida de capacidad reguladora de los Estados en materia económica como causa de la globalización actual es un hecho reconocido por un amplio sector de la doctrina internacionalista. Este hecho es un fenómeno complejo que implica no sólo a la doctrina internacionalista y a la constitucionalista, sino que también es estudiado desde la perspectiva sociológica y economicista. Desde la ciencia del Derecho constitucional, sobre la crisis del Estado y sus retos a futuro, *vide*, entre otros, L. I. GORDILLO PÉREZ, «¿Por qué surge el Estado? Una metodología holística para entender el origen, la función y los retos del poder público», *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, Vol. 72, núm. 272, 2016, pp. 563-591.

⁴ C. TAIBO, *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?*, Carata, Madrid, 2007, p. 24. En la misma línea, véase también: OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid, 2004, p. 102.

el blindaje de mercados nacionales que arremete contra los procesos de liberalización económica a nivel mundial⁵. De hecho, esta corriente proteccionista ha encontrado un nuevo impulso derivado del Brexit⁶.

La OMC se presenta como una organización internacional que sirve de marco para poder adoptar las normas necesarias que regulen el comercio internacional. Gracias esta organización internacional el poder económico «desterritorializado» pasa a un ente interestatal y supranacional legítimamente constituido y, por este motivo, los Estados mantienen de manera indirecta sus competencias reguladoras económicas⁷. La línea ideológica que rige el Derecho de la OMC es la liberalización del comercio internacional, la erradicación de las leyes proteccionistas estatales y la garantía del Estado de Derecho en su ámbito material de competencia⁸.

El Acuerdo por el que se estableció la OMC no trata la cuestión de su efecto directo o de su invocabilidad sobre los órdenes jurídicos nacionales de sus Miembros⁹. Sin embargo, esta Organización juridificó el mecanismo de solución de controversias iniciado bajo los auspicios del GATT de 1947. En aquellas diferencias en las que la Unión Europea es parte demandada y condenada en el Sistema de Solución de Diferencias que, a su vez, son llevados ante los tribunales de justicia de la Unión. Ambas instituciones necesitan referirse mutuamente a las decisiones de sus respectivos sistemas judiciales para resolver sus asuntos y, por tanto, tal y como se analizará en el presente artículo, se puede ver cómo se está generando un incipiente diálogo constitucional entre ambas instituciones.

I. El control de legalidad en el sistema multilateral del comercio

1. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

3. El Sistema de Solución de Diferencia (en adelante, SSD) ejerce el control y la supervisión *a posteriori* sobre el cumplimiento del Derecho de la OMC por parte de sus Miembros ya que este mecanismo de control se acciona cuando un Miembro pone en conocimiento de la Organización que otro, ya sea mediante una norma o mediante cualquier tipo de actuación, puede estar infringiendo el Derecho de la OMC¹⁰.

⁵ Estos procesos tienen su máximo exponente en la figura de Donald Trump, *vide* nota a pie de página 2 del presente artículo. Las corrientes proteccionistas se encuentran en las economías más importantes del mundo: M. EVREN TOK; B. O'BRIGHT, «Reproducing spaces of embeddedness through Islamic NGOs in Sub-Saharan Africa: reflections on the post-2015 development agenda», *African Geographical Review*, vol. 36, núm. 1, 2017, pp. 85-99; S. KIEFEL, «Section 92: Markets, Protectionism and Proportionality – Australian and European Perspectives», *Monash University Law Review*, vol. 36, núm. 2, 2010, pp. 1-15; R. YEP, «From Mao to Market: Rent Seeking, Local Protectionism, and Marketization China», *China Journal*, núm. 53, 2005, pp. 162-164.

⁶ El Brexit es un proceso a largo plazo por lo que la doctrina en la actualidad se ha ocupado de aventurar las posibles consecuencias del mismo, desde el punto de vista económico. La complejidad radica en la interconexión normativa que existe entre la Unión Europea y Gran Bretaña y valorar cómo proceder jurídica y políticamente para que la salida sea lo más jurídicamente ordenada, *vide*, entre otros: A. CONVERY; J. PETERSON; D. WINCOTT, «Introduction: Studying Brexit's causes and consequences», *British Journal of Politics & International Relations*, vol. 19, núm. 3, 2017, pp. 429-433; A. PETTIFOR, «Brexit and its Consequences», *Globalizations*, vol. 14, núm. 1, 2017, p.127-132. En concreto, «el Banco de Inglaterra (...) ha cambiado mucho, ha pasado de patrón oro a tipo de cambio flotante, de convertibilidad metálica a dinero fiduciario, de banca fraccional a banca universal, de la dominancia fiscal a autonomía de la banca central, de la responsabilidad patrimonial a responsabilidad limitada. Y también en su sentido político. El Banco de Inglaterra, si siempre lo fue, ahora es más que nunca Estado. No democracia, sino Estado. Parece que con la Globalización el Estado nación se desmorona» en T. BASTERRECHE, «The Old Lady of Threadneedle», ponencia presentada en el Congreso *Constitucionalizando la Globalización*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 13 julio 2017, p. 48.

⁷ U. BECK, *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 40.

⁸ La bibliografía sobre la OMC y su papel como institución garante de un sistema multilateral del comercio basado en normas es inabarcable en una nota a pie. Como manuales de referencia de esta Organización y de su SSD, *vide*, P. VAN DEN BOSSCHE; D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; P. VAN DEN BOSSCHE; W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁹ H. RUIZ FABRI, «Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations», *The European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 1, 2014, pp. 154-155.

¹⁰ N. ARRIOLA, *La convergencia de los sistemas de integración: las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 139-176.

4. El SSD se regula en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC bajo el título «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias» (en adelante, Entendimiento de Solución de Diferencias o ESD) se compone de 27 artículos y 4 apéndices.

El Entendimiento de Solución de Diferencias ofrece un procedimiento único de solución de diferencias regulado en un único instrumento (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). No obstante, los anexos del Acuerdo sobre la OMC recogen cláusulas específicas sobre solución de diferencias para adaptarse a las circunstancias concretas que puedan darse en determinadas parcelas del comercio internacional¹¹.

5. La doctrina mayoritaria considera que el SSD aúna elementos de naturaleza diplomático-política y elementos de naturaleza judicial. Por un lado, los aspectos de naturaleza diplomática lo constituyen: las consultas (artículo 4 del ESD); los buenos oficios, conciliación y mediación (artículo 5 y artículo 24 del ESD); la vigilancia del cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones (artículo 21 del ESD); la compensación y suspensión (artículo 22 del ESD).

Por otro lado, los elementos de naturaleza judicial del sistema son: los procedimientos de los Grupos Especiales (artículos 6 a 8 del ESD); el procedimiento de apelación (artículos 16 a 19 del ESD); el procedimiento de arbitraje regulado en el artículo 25 del ESD y el automatismo en la adopción de los informes que ponen fin a una diferencia¹². La regla de adopción de decisiones en el seno del Órgano de Solución de Diferencias es el «consenso negativo», es decir, la decisión se adoptará salvo consenso de todos los Miembros para su no adopción¹³. En la toma de decisiones de la Organización la regla general es el consenso positivo salvo en cuatro casos especiales donde se aplica la citada regla del consenso negativo: en el establecimiento de los GE en segunda consulta (párrafo 2 del artículo 6 del ESD), en la adopción de los informes de los GE y del OA por el Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 4 del artículo 17 del ESD), en el establecimiento de un GE en caso de desacuerdo entre las partes sobre el cumplimiento efectivo de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados por el

¹¹ El párrafo 2 del artículo 1 del ESD establece que las normas y procedimientos del ESD se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y se identifican en el Apéndice 2 del ESD. El Apéndice 2 del ESD regula las «Normas y procedimientos especiales adicionales contenidos en los Acuerdos abarcados», dichas normas y sus respectivos artículos y anexos se recogen a continuación: Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 2 del artículo 11; Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, párrafo 14 del artículo 2, párrafo 21 del artículo 2, párrafo 4 del artículo 4, párrafos 2, 4 y 6 del artículo 5, párrafos 9, 10 y 11 del artículo 6, párrafos 1 al 12 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafos 2 al 4 del artículo 14 y Anexo 2; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafos 4 al 7 del artículo 17; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 3 al 5 del artículo 19 y párrafo f) del artículo 2, artículo 3, artículo 9 y artículo 21 del Anexo II; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, párrafos 2 al 12 del artículo 4, párrafo 6 del artículo 6, párrafos 2 al 10 del artículo 7, párrafo 5 del artículo 8, nota a pie de página 35, párrafo 4 del artículo 24, párrafo 7 del artículo 27 y Anexo V; Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, párrafo 3 del artículo XXII, párrafo 3 del artículo XXIII, párrafo 1 del artículo 4 del Anexo sobre Servicios Financieros y artículo 4 del Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo; Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGCS, artículos 1 al 5. Por último, también se incluyen en este apéndice las normas o procedimientos especiales o adicionales de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que hayan determinado los órganos competentes de cada uno de dichos acuerdos y que se hayan notificado al ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.

El Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio presta una especial atención a los países en desarrollo y a los países menos adelantados que cuenta con una referencia específica en los anexos del Acuerdo sobre la OMC. La OMC tiene un Comité sobre Comercio y Desarrollo. A su vez, la Secretaría de la Organización Mundial del Comercio ha recopilado las disposiciones de los anexos del Acuerdo sobre la OMC que confieren a los países en desarrollo y países menos desarrollados derechos especiales: Disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC, WT/COMTD/W/77 de 25 de octubre de 2000; Trato especial y diferenciado para los países menos adelantados, documento WT/COMTD/W/135 de 5 de octubre de 2004 y el *Annex II: Summary of Provisions Contained in the Uruguay Round Agreements for the Differential and More Favourable Treatment of Developing and Least Developed Countries*. Documentos disponibles en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devl_s/dev_special_differential_provisions_s.htm (última revisión, 7 abril 2017). Como se puede observar en los documentos referidos, el propio ESD tiene algunas disposiciones relativas a los países en desarrollo y países menos adelantados (párrafo 10 del artículo 12, párrafo 11 del artículo 12, párrafo 2 del artículo 21, párrafo 1 del artículo 24). Sin embargo, estas disposiciones son criticadas por su escasa operatividad, por su redacción en términos imprecisos, por su falta de obligatoriedad y su carácter incoercible.

¹² V. BOU FRANCH, «El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio» en V. BOU FRANCH (coord.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 323.

¹³ E. LÓPEZ BARRERO, *Regulación del comercio internacional: la OMC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 68.

Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 5 del artículo 21 del ESD) y en la autorización de suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados una vez vencido el plazo prudencial de cumplimiento (párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD). En estos casos, para que se pueda bloquear la adopción de alguna de las cuatro decisiones mencionadas, todos los Miembros, incluidas las partes que formen parte en la diferencia, tienen que estar de acuerdo en su no adopción.

Por último, las recomendaciones de los Grupos Especiales, del Órgano de Apelación y del Órgano de Solución de Diferencias aúnan elementos de naturaleza diplomática y judicial (artículos 12, 16, 17 y 19 del ESD)¹⁴. La evaluación objetiva de cada asunto llevada por estos órganos refuerza la naturaleza judicial del sistema, sin embargo, la formulación de sus conclusiones finales se aproxima a una labor de mediación o conciliación más propia de los sistemas de solución de diferencias de naturaleza diplomática al tratar de atender a los intereses de ambas partes y buscar un punto de consenso entre ambas. No obstante, todas las soluciones de las diferencias deben ser compatibles con los acuerdos abarcados¹⁵.

6. La regulación de un mecanismo de solución de controversias en el marco de la OMC introdujo novedades frente al procedimiento internacional de solución de diferencias regulado en el GATT de 1947. Dentro del organigrama de la OMC se ha creado un órgano específico, el Órgano de Solución de Diferencias, compuesto por representantes de todos los Miembros de la Organización, encargado de supervisar los procedimientos de solución de diferencias regulados en el Entendimiento de Solución de Diferencias. La institucionalización de los órganos que participan en el sistema se ha extendido también a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación. El ESD define con precisión las etapas del procedimiento, fijando plazos perentorios. Este procedimiento defiende la pronta solución de las diferencias como requisito esencial para la OMC pueda cumplir los objetivos para los que lo creó y garantizar el principio de previsibilidad y seguridad en el sistema¹⁶. El Entendimiento refuerza el automatismo para superar los puntos de bloqueo existentes en los procedimientos de solución de controversias del GATT de 1947. Se reconoce el derecho de la parte reclamante a la constitución de un Grupo Especial que conozca la controversia y se impide el bloqueo del inicio del proceso por parte del Miembro demandado en el proceso de solución de la diferencia. Se regula un procedimiento de examen de la diferencia en apelación creándose un Órgano de Apelación, ante el que cualquiera de las partes en la diferencia puede recurrir el informe elaborado por el Grupo Especial. El examen en apelación se centra en las cuestiones de Derecho o de interpretación jurídica que susciten los Miembros partes en una determinada diferencia. El informe del Grupo Especial y del Órgano de Apelación se adopta por el Órgano de Solución de Diferencias en virtud de la nueva regla del consenso negativo donde la única posibilidad de bloqueo reside en que todos los Miembros se opongan de mutuo acuerdo a la adopción de dicho informe. Esta nueva regulación ha conseguido que la adopción de los informes por parte del Órgano de Solución de Diferencias sea un proceso automático, superando los problemas de bloqueo que se producían en el GATT de 1947. El Entendimiento de Solución de Diferencias refuerza el mecanismo de vigilancia de los informes y recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias. Se reconoce la posibilidad al Miembro reclamante vencedor de suspender concesiones u otras obligaciones previa autorización Órgano de Solución de Diferencias con respecto al Miembro demandado perdedor que no observe los informes adoptados como medida temporal para impulsar el pronto cumplimiento de los informes adoptados (artículo 21 y artículo 22 del ESD).

Por lo antedicho, aunque este Sistema de Solución de Diferencias pueda ser objeto de críticas y reclame algunos cambios que aseguren el cumplimiento por parte de los Miembros demandados y condenados, también hay que poner de manifiesto que se han superado la gran mayoría de las barreras diplomáticas existentes en el GATT de 1947 que desencadenaron la imposibilidad de solucionar multitud de controversias en su seno.

¹⁴ E. U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 60.

¹⁵ X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2006, pp. 84-85.

¹⁶ T. COTTIER, «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 35, núm. 3, 1998, p. 344.

7. El párrafo 1 del artículo 1 y párrafo 1 del artículo 23 del ESD disponen que el Sistema de Solución de Diferencias tiene jurisdicción obligatoria sobre cualquier controversia que surja entre sus Miembros que derive de los acuerdos abarcados indicados en el Apéndice 1 del ESD (Acuerdo sobre la OMC, GATT de 1994, Acuerdos multilaterales sobre mercancías, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Entendimiento de Solución de Diferencias, Acuerdos plurilaterales entre las partes firmantes)¹⁷. Tras su adhesión, cada Miembro adquiere el derecho a tratar de solucionar sus controversias comerciales a través del citado sistema¹⁸. El artículo 23 del ESD prohíbe el recurso de los Miembros a otros foros para la resolución de diferencias con respecto a cualquier disposición del Derecho de la OMC que componen los acuerdos abarcados por el Entendimiento de Solución de Diferencias en aras de fortalecer el sistema multilateral de comercio.

8. Cualquier acción u omisión de un Miembro que suponga una anulación o menoscabo de los derechos de otro(s) Miembro(s) reconocidos en los acuerdos abarcados es causa suficiente para iniciar el procedimiento de solución de Diferencias. Sólo podrán iniciar una diferencia los Miembros de la OMC que tengan un interés general (artículos XII y XXIII del GATT de 1994)¹⁹.

9. El SSD es un sistema autónomo de solución de conflictos. La solución de controversias mediante el procedimiento sustanciado ante los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación es el proceso jurídico para solucionar las controversias del sistema multilateral de comercio entre Miembros.

10. Para iniciar el procedimiento ordinario de solución de diferencias el Miembro que se persone como parte reclamante deberá notificar su solicitud de celebración de consultas al Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 4 del artículo 4 del ESD). La legitimación activa para iniciar una consulta pertenece sólo a los Miembros de la OMC y, por tanto, las empresas o partes privadas no pueden iniciar una diferencia²⁰. La solicitud de celebración de consultas señala el inicio formal de la diferencia, en ella figurarán las medidas en litigio y los fundamentos jurídicos de la reclamación (párrafo 4 del artículo 4 del ESD). Los Miembros deberán participar en las consultas de buena fe, tratarán de resolver la diferencia de forma amigable y éstas serán confidenciales. El proceso de consultas es un medio de solución de diferencias diplomático-político y las partes tienen libertad para determinar cómo se van a desarrollar las consultas²¹.

11. En caso de no alcanzar un acuerdo entre las partes en fase de consultas en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un Grupo Especial. La parte reclamante podrá pedir el establecimiento dentro de ese plazo si las partes que intervienen en las consultas consideran de común acuerdo que éstas van a permitir resolver la diferencia (párrafo 7 del artículo 4 del ESD).

¹⁷ JACKSON define el ESD como una poderosa medida de jurisdicción obligatoria en J. H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, «4. La estructura y operación actuales del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC», p. 226.

¹⁸ X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2006, p. 71.

¹⁹ El concepto de «interés general» no se explica en el ESD. Así el OA se ha pronunciado sobre esta cuestión y en el informe del caso Bananas III estableció que «(...), consideramos que los Miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir si presentan o no una reclamación contra otro Miembro al amparo del ESD. Del texto del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y del párrafo 7 del artículo 3 del ESD se desprende, además, que en gran medida corresponde al propio Miembro decidir sobre la “utilidad” de presentar una reclamación» en Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997, párrafo 135.

²⁰ A. ALEMANN, «Private parties and WTO Dispute Settlement System», Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 1, 2004. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/1/> (última revisión, 7 abril 2017).

²¹ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 271.

Las partes pueden alcanzar una solución mutuamente convenida durante todo el tiempo posterior a la fase de consultas hasta el momento en que el GE traslade sus conclusiones al Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 7 del artículo 12 del ESD). Durante esta fase, a solicitud de la parte reclamante, el Grupo Especial puede suspender su trabajo por un plazo máximo de 12 meses. Si la suspensión se prorroga por más de este tiempo, la autoridad del Grupo Especial caduca (párrafo 2 del artículo 12 del ESD). Si las partes lograsen una solución de la diferencia de mutuo acuerdo, el informe del GE deberá estar limitado a una breve descripción del caso y se debería informar al Órgano de Solución de Diferencias de que se ha logrado dicha solución (párrafo 7 del artículo 12 del ESD).

Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe del GE a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del Órgano de Solución de Diferencias, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el Órgano de Solución de Diferencias decida por consenso no adoptar el informe (párrafo 4 del artículo 16 del ESD). Si no hay prevista una reunión del Órgano de Solución de Diferencias dentro de ese período en una fecha que permita cumplir las prescripciones de los párrafos 1 y 4 del artículo 16, se celebrará una reunión del Órgano de Solución de Diferencias a tal efecto. Por tanto, en caso de que el informe sea adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias y no se notifique la decisión de apelar por ninguna de las partes en la diferencia, las recomendaciones y resoluciones del Grupo Especial serán legalmente vinculantes para las partes.

12. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del GE no será considerado por el Órgano de Solución de Diferencias a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación (párrafo 4 del artículo 16 del ESD). El mandato del Órgano de Apelación se reduce a confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE ya que durante el proceso de examen en apelación, a diferencia de los Grupo Especial, la función del Órgano de Apelación se reduce a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (párrafo 6 del artículo 17 del ESD)²². El Órgano de Apelación podrá analizar todas las conclusiones legales del Grupo Especial, aunque las partes no estén conformes.

En aras de promover una solución mutuamente convenida de la diferencia el apelante podrá desistir de su apelación, en cualquier momento de las actuaciones, mediante notificación al Órgano de Apelación, el cual notificará inmediatamente al Órgano de Solución de Diferencias esta decisión (párrafo 1 del artículo 30 de las Normas de conducta previstas en el Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). Las partes pueden adoptar a una solución mutuamente convenida hasta el momento en que el Órgano de Solución de Diferencias adopte el informe del OA y del GE modificado²³.

13. El Órgano de Solución de Diferencias adoptará los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación alcanzados en el procedimiento ordinario salvo que los Miembros decidan por consenso no adoptarlo. En la OMC, los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial en aquellas partes en que no haya sido modificado ni revocado por el Órgano de Apelación no son obligatorios para las partes hasta que éstos no son adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias. En la práctica, el Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, en la sesión de adopción del acuerdo, se limita a dar la palabra a aquellos Miembros de la Organización que quieren expresar sus opiniones sobre el informe, tomar nota de todas las declaraciones y adoptar el informe.

2. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD

14. La fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas se rige por dos objetivos, la necesidad de conseguir el pronto cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados y lograr la supresión de las medidas declaradas como incompatibles con las disposiciones de los acuer-

²² Esta distinción entre asuntos de derecho y asuntos de hecho es problemática en algunos casos por lo que hay que atender a jurisprudencia recogida en los informes del OA, *vide*, entre otros, el informe del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R de 18 de enero de 1998, párrafos 132-135.

²³ A. ALVAREZ-JIMÉNEZ, «Mutually agreed solutions under the WTO Dispute Settlement Understanding: an analytical framework after the *Softwood Lumber Arbitration*», *World Trade Review*, vol. 10, núm. 3, 2011, p. 361.

dos abarcados (párrafo 1 del artículo 21 del ESD y párrafo 7 del artículo 3 del ESD respectivamente). En cualquier caso, la remoción de las medidas se produce *ex nunc*, es decir, de manera prospectiva, con posterioridad a la declaración de incompatibilidad salvo para el caso de subvenciones declaradas prohibidas bajo las reglas del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y que han consistido en desembolsos de una sola vez en el tiempo²⁴.

15. En el cumplimiento jurídicamente ideal de una diferencia una vez adoptada la resolución que ponga fin a la diferencia –ya sea por el informe aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias, el laudo arbitral, el acuerdo de los buenos oficios, la conciliación o la mediación o una vez alcanzada una solución entre las partes (decisiones adoptadas)–, se deberían suceder las siguientes etapas procesales: el cumplimiento inmediato de las resoluciones y recomendaciones del demandado al Órgano de Solución de Diferencias, la aplicación notificada por el demandado al Órgano de Solución de Diferencias, una solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación notificada por la parte demandada y, en último caso, el control del cumplimiento sin constataciones de incumplimiento. Las partes también podrían llegar a una solución mutuamente convenida para el cumplimiento del informe adoptado y la posterior notificación del cumplimiento por la parte de demandada y condenada al Órgano de Solución de Diferencias. Sin embargo, pueden darse problemas que dificulten la aplicación de las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias²⁵.

16. Una vez adoptado el informe por el Órgano de Solución de Diferencias, la parte demandada y condenada deberá informar a dicho Órgano de cómo va a implementar las recomendaciones y resoluciones contenidas en el informe y en caso de no ser posible su cumplimiento inmediato, indicar el plazo prudencial que necesita para ello. Este plazo prudencial propuesto por la parte demandada tendrá que ser aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 3.a) del artículo 21 del ESD).

En caso contrario, las partes en la diferencia intentarán fijar un plazo de común acuerdo dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones (párrafo 3.b) del artículo 21 del ESD). A falta de acuerdo para la determinación de un plazo prudencial en los dos casos anteriores, se permite la designación de un árbitro para que determine el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones los órganos resolutorios, Grupo Especial u Órgano de Apelación. Dicho plazo no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación. Ese plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso (párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD).

Durante el desarrollo del procedimiento arbitral para determinar el plazo prudencial las partes en la diferencia pueden retirar la solicitud de arbitraje o pedir al árbitro que suspenda el procedimiento para poder convenir en una solución respecto de la aplicación de las recomendaciones. El límite temporal para alcanzar este acuerdo entre las partes en la diferencia son 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe que haya puesto fin a la diferencia.

17. Una vez transcurridos 6 meses desde la expiración del plazo prudencial de cumplimiento se pasa a la fase de verificación para controlar si el Miembro demandado ha aplicado las recomendaciones o resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias. En el orden del día de las reuniones del Órgano de Solución de Diferencias se incluirá la cuestión de la vigilancia de los informes adoptados hasta que se constate su cumplimiento. Como máximo 10 días antes de cada reunión, el Miembro afectado, parte demandada y condenada en la diferencia, presentará por escrito un informe de situación sobre los pro-

²⁴ F. PIÉROLA, *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, Cameron May, London, 2008, pp. 145-146.

²⁵ La parte del proceso del SSD de la OMC relativa a la vigilancia y aplicación de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias ha generado un amplio debate doctrinal, no solo por su estudio descriptivo sino por todos los problemas prácticos que surgen en este momento del proceso, sirvan como botón de muestra: J. H. JACKSON, «The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation» en J. CAMERON; K. CAMPBELL (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Cameron May, London, 1998, pp. 69-74; B. WILSON, «Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: the Record to Date», *Journal of International Economic Law*, vol. 10, núm. 2, 2007, pp. 397-403.

gresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones ante dicho órgano (párrafo 6 del artículo 21 del ESD)²⁶.

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del informe objeto de verificación o a la compatibilidad de dichas medidas adoptadas con los acuerdos abarcados, el Grupo Especial que haya entendido inicialmente del asunto, siempre que sea posible, resolverá dicho desacuerdo conforme al Entendimiento de Solución de Diferencias. El Grupo Especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto²⁷. El Grupo Especial debe examinar la consistencia de esa nueva medida con el informe adoptado, pero también con los acuerdos abarcados. Así puede que en este procedimiento abreviado de verificación el Grupo Especial tenga que analizar la consistencia de dicha nueva medida con parte de los acuerdos abarcados que no fueron sustanciados ante el Grupo Especial en el inicio de la diferencia²⁸.

El nuevo informe del Grupo Especial se adoptará por el Órgano de Solución de Diferencias salvo consenso para su no adopción siguiendo la regla del consenso negativo. En este procedimiento abreviado del párrafo 5 del artículo 25 del ESD la parte demandada e incumplidora en la diferencia no cuenta con derecho a apelación ni con la posibilidad de solicitar un plazo prudencial para el cumplimiento del informe adoptado. La parte demandada en la diferencia debe cumplir este informe de forma inmediata una vez adoptado y en caso contrario la parte reclamante en la diferencia puede solicitar la compensación y la suspensión de concesiones²⁹.

18. En caso de que la parte demandada no aplique las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias en el plazo prudencial o que el Grupo Especial no acepte las medidas de la parte demandada en la diferencia para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias, nos encontraremos ante una falta de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados y la parte reclamante podrá recurrir a la compensación o a la suspensión de concesiones reguladas en el artículo 22 del ESD³⁰.

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir para tratar de forzar el cumplimiento de la parte demandada y condenada³¹. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 22 del ESD).

19. El proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del mecanismo de Solución de Diferencias genera la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC, la UE y Estados miembros y reclama la elaboración de un sistema de fuentes de Derecho en el ámbito del comercio internacional que permita estabilizar las citadas relaciones jurídicas. La gobernanza del Derecho de la OMC y el Derecho de la UE-Estados miembros podría servir de base para el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral» así como una inspiración para estabilizar la relaciones del Derecho de la OMC con los ordenamientos jurídicos del resto de Miembros de la Organización³².

²⁶ X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, op. cit., «Capítulo Tercero: Interpretación, observancia y aplicación de los Acuerdos de la OMC», pp. 195-258.

²⁷ Si el GE considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al Órgano de Solución de Diferencias los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo (párrafo 5 del artículo 21 del ESD).

²⁸ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 302.

²⁹ *Ibidem*, p. 304.

³⁰ En relación con el concepto, las funciones y las vías para imponer represalias ante el incumplimiento de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias *vide*, entre otros, C. P. BROWN; J. PAUWELYN (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

³¹ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 219.

³² El hecho de que el Sistema de Solución de Diferencias constituye un elemento constitucionalizador del sistema multilateral del comercio ha sido ampliamente estudiado por la doctrina de las dos últimas décadas. *Vide*, como obra de referencia: J. H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Así, la progresiva normativización del sistema multilateral del comercio está flexibilizando la negativa inicial del Tribunal de Justicia de la UE de reconocer el efecto directo del Derecho de la OMC reforzando *de facto* el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral». El diálogo entre ambas instituciones se visualiza de manera más clara en los supuestos en los que la Unión es parte demandada y condenada en el Sistema de Solución de Diferencias que, a su vez, sean después llevados ante los tribunales de justicia de la Unión. En estos supuestos tanto la UE como la OMC se ven en la necesidad de referirse mutuamente a las decisiones de sus respectivos sistemas judiciales y, por tanto, se puede ver cómo existe un incipiente diálogo constitucional entre ambas instituciones. En un sentido más general, es también necesario reconocer y analizar cómo la justicia europea acepta y recepciona el Derecho de la OMC y las resoluciones de ésta Organización como parámetros de validez y de interpretación del Derecho interno (europeo).

II. La constitucionalización económica: el diálogo judicial derivado de las resoluciones del ssd en el ámbito de la UE

1. El surgimiento de un Derecho constitucional postnacional

20. Desde la esfera política y como consecuencia de la globalización, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo como entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales transnacionales. Dentro de estas organizaciones, la OMC se posiciona como fundamental debido a la importancia del comercio en la actualidad y a la necesidad de los Estados de proporcionar a todos los agentes privados que participan en él una regulación segura y previsible.

Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global³³. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y las normas de carácter internacional y entre estas últimas entre sí. Estos conflictos surgen por el solapamiento de la actuación de las distintas organizaciones internacionales y los Estados. La articulación entre el Derecho internacional general, el Derecho internacional sectorial, los acuerdos de ámbito regional y el Derecho nacional es un fenómeno pendiente de organizar desde la ciencia jurídica constitucional. En el ámbito concreto del Derecho de la OMC, como Derecho internacional sectorial, el desarrollo de una jurisdicción comercial especializada lleva a plantearse cómo organizar su relación con la justicia europea cuando la Unión ha sido parte demandada y condenada por el Órgano de Solución de Diferencias. En este artículo se defiende, siguiendo lo que se ha señalado *supra*, que en estos casos se está generando un diálogo constitucional entre ambas instituciones. En un sentido más general, se podría también analizar cómo la justicia europea acepta y recepciona el Derecho de la OMC y las resoluciones de ésta Organización como parámetros de validez y de interpretación del Derecho interno (europeo).

21. El Derecho constitucional avanza en el reconocimiento y asimilación de la interconexión creciente entre ordenamientos jurídicos e instituciones nacionales e internacionales que acontece en el mundo actual³⁴. Este fenómeno se deriva de la globalización. La globalización rompe las bases de nuestra ideología estatista e impulsa a la doctrina a analizar a los Estados y a las organizaciones internacionales desde concepciones renovadas. Esta nueva realidad globalizada e interconectada es utilizada por la doctrina constitucionalista como marco para la reconfiguración de la teoría clásica del Derecho constitucional y el desarrollo de un nuevo «Derecho constitucional postnacional»³⁵.

El Derecho constitucional postnacional supone el reconocimiento de la constitucionalización de las organizaciones internacionales y el desarrollo a nivel global de unos principios constitucionales.

³³ Como introducción a esta cuestión, *vide*, A. DO AMARAL JÚNIOR, «El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia en el Derecho internacional contemporáneo», *Revista española de derecho internacional*, vol. 62, núm. 1, 2010, pp. 61-88.

³⁴ C. JOERGES; I. J. SAND; G. TEUBNER (ed.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

³⁵ En esta misma línea, *vide*: N. WALKER, «Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A Tale of Two Neologisms», *Transnational Legal Theory*, Vol. 3, Núm. 1, 2012, pp. 61-85.

El constitucionalismo a nivel estatal desde su vertiente externa ayuda a los Estados a mantener la seguridad jurídica desarrollando un sistema de fuentes del Derecho que garantice la aplicación pacífica y ordenada de las normas jurídicas dentro del Estado³⁶. Sin embargo, en el plano internacional esta vertiente de la constitucionalización no está desarrollada y, por tanto, se producen conflictos en la aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos. Sirva como botón de muestra el ámbito del Derecho del GATT/OMC y, más concretamente, el Derecho de la OMC. La solución de diferencias comerciales puede tener como consecuencia el solapamiento entre ordenamientos jurídicos. En estos supuestos se pone de manifiesto la necesidad de elaborar un sistema de fuentes del Derecho a nivel transnacional que permita organizar la aplicación de las normas creadas por distintos ordenamientos jurídicos en el sector del comercio internacional.

Como solución al problema que se acaba de esbozar, dentro del ámbito del Derecho de la OMC y como consecuencia de la actividad de su Sistema de Solución de Diferencias, se propone elaborar un sistema de normas y principios que permitan superar las antinomias surgidas en el ámbito del sistema multilateral del comercio. Esta propuesta supondría un avance en la constitucionalización postnacional, desde su perspectiva externa, en el ámbito concreto del sistema multilateral de comercio, entre dicha Organización y sus Miembros europeos, que podría servir a su vez de inspiración tanto para otros Miembros como para otros sectores del Derecho internacional³⁷. Para poder alcanzar este objetivo, habría que analizar previamente, tal y como se propone en el presente artículo, el diálogo entre la UE y la OMC. Con esto, se podrían perfilar criterios normativos (similares al sistema de fuentes del Derecho) para estructurar el Derecho de la OMC y el cumplimiento de las obligaciones concretas derivadas de la solución de controversias comerciales dentro de la propia Unión, regulando este proceso dentro del ordenamiento jurídico europeo.

2. La evolución de la jurisprudencia del TJUE en la aplicación del Derecho de la OMC

22. La «implementación» es la acción de aplicar las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias o los acuerdos alcanzados entre las partes que ponen fin a una diferencia por la parte demandada y condenada. Esta fase de implementación abarca el proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del sistema que pongan fin a la diferencia, lo que supondrá en la mayoría de los casos, dentro de la UE, la modificación de la normativa europea o la normativa nacional declarada inconsistente con el Derecho de la OMC para su puesta en conformidad y la comprobación posterior por parte del Órgano de Solución de Diferencias de que dicha modificación es conforme con el Derecho de la Organización.

Una diferencia en el marco de la OMC suele finalizar con la adopción de un informe que declara la inconsistencia de una normativa interna de un Miembro de la Organización (parte demandada y condenada) con el Derecho de la Organización del que se deriva la obligación de modificar o suprimir dicha norma interna. Esta obligación de modificación o supresión puede que corresponda a las instituciones de la UE o bien a sus Estados miembros según el reparto competencial que exista dentro de la propia Unión y las materias del Derecho de la OMC objeto de la diferencia. El proceso de implementación llevado a cabo en el marco de la UE pondrá de manifiesto la interconexión que se produce entre el Derecho de la OMC y el ordenamiento jurídico de la Unión y, por extensión, los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros con los dos anteriores. El momento en que se adoptan las resoluciones y recomendaciones por el Órgano de Solución de Diferencias o el acuerdo que pone fin una diferencia para el Derecho de la OMC y el momento en que comienza la implementación para el Derecho interno de sus Miembros están conectados en la práctica.

³⁶ L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012; L. I. GORDILLO PÉREZ, «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, vol. 53/2, julio-diciembre 2005, pp. 253-306.

³⁷ En el contexto de la UE, el proceso de constitucionalización, desde su perspectiva interna y externa, es analizada en L. I. GORDILLO PÉREZ; G. MARTINICO, *Historia en el país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Aranzadi, Madrid, 2015.

23. La fase de la implementación no se regula por el Derecho de la OMC, sino que se deja a disposición de los ordenamientos jurídicos internos de los Miembros de la Organización. Para el cumplimiento de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias o de los acuerdos alcanzados entre las partes que pongan fin a la diferencia la parte demandada y condenada deberá atender a su propio Derecho interno. La implementación implica una obligación de resultado, es decir, la parte demandada y condenada debe suprimir o modificar su normativa interna declarada inconsistente con el Derecho de la OMC.

El proceso de implementación genera una interconexión entre ordenamientos jurídicos por las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias y acciones de las instituciones del Miembro demandado y condenado para transponerlas en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. En el caso concreto de la UE, la implementación de las diferencias en las que la Unión haya sido demandada y condenada deberá atender a las competencias entre la Unión y los Estados miembros para determinar qué instituciones y mediante qué procesos habrá que modificar bien el ordenamiento jurídico de la Unión, bien el ordenamiento jurídico nacional o bien ambos.

En determinados supuestos en los que las instituciones de la UE se muestran reticentes a la implementación de los documentos que hayan puesto fin a una diferencia, algunos actores privados -empresas- han demandado a aquéllas ante la justicia europea para tratar de promover el cumplimiento por parte de la Unión. Este hecho ha derivado en que se haya iniciado un «diálogo judicial» entre el propio Tribunal de Justicia de la Unión y las instituciones de la OMC encargadas de controlar el cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones, fundamentalmente el Órgano de Solución de Diferencias, los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación³⁸. El «diálogo judicial» es el proceso por medio del cual los tribunales utilizarían jurisprudencia ajena, incorporándola a su propio razonamiento, en su tarea de resolver una determinada controversia³⁹.

Este diálogo judicial, en la práctica, no es exactamente recíproco o bidireccional sino que, como veremos a continuación, se trata de una comunicación con un marcado carácter unilateral donde el TJUE recepciona las resoluciones y recomendaciones derivadas del mecanismo de Solución de Diferencias y debate sobre su aplicabilidad y efecto jurídico dentro del ordenamiento de la Unión. Dentro del SSD, tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación, han tratado a las sentencias del TJUE como evidencias para clarificar el significado del Derecho de la UE en la solución de una diferencia pero no han otorgado a las sentencias del TJUE el tratamiento de una fuente de autoridad⁴⁰.

24. El TJCE no reconoció el efecto directo ni la posibilidad de aplicar el GATT de 1947 como parámetro de validez respecto del Derecho de la Unión, salvo que la norma jurídica de la Unión enjuiciada se refiriese a una disposición concreta del GATT o las Comunidades Europeas mostrasen su intención de implementar una disposición concreta del citado acuerdo⁴¹. Así la obligación general cumplimiento del GATT de 1947 por parte de la CE no era suficiente para reconocerlo como parámetro de validez del Derecho comunitario ni que dicho acuerdo atribuyese derechos a los particulares dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Profundizando en esta posición el Tribunal determinó que habría que atender a las normas comunitarias en cada caso concreto y a la remisión que en cada caso concreto éstas hiciesen al GATT de 1947 para permitir dichas excepciones.

³⁸ En el ámbito de los derechos humanos la cuestión del «diálogo judicial» entre el TJUE, el TEDH y la ONU ha sido ampliamente estudiado, *vide* como botón de muestra, L.I. GORDILLO PÉREZ, *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

³⁹ M. ZANG, «Shall we talk? Judicial Communication between the CJEU and the WTO Dispute Settlement», *Geneva Jean Monnet Working Papers*, 03/2016. <http://www.ceje.ch/files/7814/6054/2373/Geneva_JMWP_03-Zang.pdf> (última revisión, 9 abril 2017), p. 1.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 9-11 y 15-18.

⁴¹ Esta línea jurisprudencial se inició con los dos casos que se recogen a continuación: asuntos Acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company* (C-21/72), *Kooy Rotterdam NV* (C-22/72), *Velleman en Tas NV* (C-23/72), *Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV* (C-24/72) y *Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJCE 12 diciembre 1972 [ECLI:EU:C:1972:115] y asunto C-280/93, *República Federal de Alemania v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 5 octubre 1994 [ECLI:EU:C:1994:367]. Y las citadas excepciones se desarrollaron en los siguientes casos: asunto C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd. v. Consejo de las Comunidades Europeas*, STJCE 7 mayo 1991 [ECLI:EU:C:1991:186] y asunto C-70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) vs. Comisión de las Comunidades Europeas*, STJCE 22 junio 1989 [ECLI:EU:C:1989:254]

Por lo que se refiere al Derecho de la OMC, los tribunales de la UE han mantenido la jurisprudencia desarrollada en relación con el GATT de 1947 y ha mantenido las mismas excepciones⁴². Sin embargo, como los tribunales europeos reconocieron la mayor juridificación del Sistema de Solución de Diferencias dentro de la OMC con respecto del procedimiento del GATT de 1947, a medida que se fueron incoando diferencias ante la Organización y se fueron planteando escenarios sin precedentes por los nuevos momentos procesales regulados en el Entendimiento de Solución de Diferencias, se pueden encontrar visos de un posible cambio jurisprudencial⁴³. Así, en relación con los mecanismos regulados por el ESD para forzar el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones adoptadas, los tribunales de la Unión han tenido que profundizar en la línea jurisprudencial avanzada *supra*, generando el «diálogo proto-constitucional» como se muestra a continuación.

25. El Entendimiento de Solución de Diferencias regula determinadas vías para poner fin a una diferencia, cuando la UE ya ha sido condenada por parte de la OMC, ésta debería cumplir. Dentro de la Unión la cuestión que se plantea ante los tribunales de justicia se suscita por aquellos Estados o, incluso, aquellas personas privadas que puedan sufrir perjuicios económicos por esta falta de cumplimiento por parte de la Unión. En este supuesto concreto surge la posibilidad de aplicar la excepción reconocida en asunto *Nakajima*. Sin embargo, el TJUE consideró que no incumbía a la justicia de la Unión la tarea de garantizar la conformidad del Derecho europeo con el Acuerdo sobre la OMC ya que esto equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la UE del margen de maniobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros Miembros de la OMC para cumplir con las obligaciones derivadas del mecanismo de Solución de Diferencias⁴⁴.

Sin embargo, parece que el TJUE ha empezado a desarrollar una interpretación conforme de las resoluciones adoptadas por el Órgano de Apelación de la OMC⁴⁵. Así, aunque en sus sentencias no se reconozca expresamente el cumplimiento de una obligación surgida en el marco de una controversia comercial, su argumentación sigue las decisiones de la OMC. La invocación de la interpretación conforme por parte del Tribunal de Justicia se ha dado fundamentalmente en relación con el Acuerdo de Aspectos sobre Derechos de la Propiedad Intelectual y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, sobre todo, para reforzar una interpretación uniforme de todos los Estados miembros de la Unión en este ámbito antes de que pasase a ser competencia exclusiva de la Unión⁴⁶. Posteriores en el tiempo, los asuntos *Ikea* y *FTS International*, han vuelto a poner de manifiesto cómo el TJUE ha aplicado la argumentación adoptada en la solución de la diferencia CE –Ropa de cama (DS141) y CE– Banano III

⁴² Esta línea jurisprudencial se inició con el asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 23 noviembre 1999 [ECLI:EU:C:1999:574].

⁴³ *Ibidem*, para. 36.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 46. Estos argumentos fueron reiterados por el Tribunal, *vide*, entre otros: asunto T-19/01, *Chiquita Brands International y otros v. Comisión*, STPI 3 febrero 2005 [ECLI:EU:T:2005:31]; asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, STJCE 1 marzo 2005 [ECLI:EU:C:2005:121]; asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FLAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión*, STJCE 9 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:476].

⁴⁵ M. BRONCKERS, «From “direct effect” to “muted dialogue”», *Journal of International Economic Law*, vol. 4, núm. 11, 2008, pp. 885-898.

⁴⁶ En relación con el ADPIC, *vide* Asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, *Parfums Christian Dior SA y Tuk Consultancy BV (C-300/98)*; y *Assco Gerüste GmbH, Rob van Dijk*, que actúa con el nombre comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» y *Wilhelm Layher GmbH & Co. KG, Layher BV (C-392/98)*, STJCE 14 diciembre 2000 [ECLI:EU:C:2000:688], paras. 42-47. En relación con el AGCS, *vide*, asunto C-335/05, *Řízení Letového Provozu ČR, S. P. y Bundesamt für Finanzen*, STJCE 7 junio 2007 [ECLI:EU:C:2007:321], para. 16: «Respecto a la influencia que puede tener un acuerdo internacional del que forma parte la Comunidad, como el AGCS, sobre la interpretación de una disposición de Derecho derivado, es jurisprudencia reiterada que la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos (sentencias de 10 de septiembre de 1996, *Comisión/Alemania*, C-61/94, Rec. p. I-3989, apartado 52; de 1 de abril de 2004, *Bellio Fili*, C-286/02, Rec. p. I-3465, apartado 33; de 12 de enero de 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, C-311/04, Rec. p. I-609, apartado 25, y de 8 de marzo de 2007, *Thomson y Vestel France*, C-447/05 y C-448/05, Rec. p. I-2049, apartado 30)».

(DS27), respectivamente⁴⁷. No obstante, en el asunto C-245/02, ha sido el único supuesto en el que el TJUE sí reconoció expresamente la interpretación conforme del Acuerdo de Aspectos sobre Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio sobre la base de los informes adoptados por el Órgano de Apelación en dos diferencias dentro de la OMC -DS170 y DS176-⁴⁸.

Ante este escenario, algunos Abogados Generales han tratado de promover que el TJUE interprete el Derecho de la Unión siguiendo las resoluciones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias⁴⁹. Desgraciadamente, el Tribunal no falla mencionando como fuente de interpretación y, mucho menos, como parámetro para enjuiciar la validez del Derecho de la Unión las decisiones adoptadas en el mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC⁵⁰. Sin embargo, si se mantuviese y se estructurase una posición lineal sobre la jurisprudencia de la interpretación conforme se ganaría en seguridad jurídica y certeza dentro de la regulación europea que implemente el Derecho de la OMC. Más concretamente, en los casos en los que la UE ha sido demandada y condenada, ya que si el Tribunal siguiese una interpretación conforme con las resoluciones y recomendaciones adoptadas en la solución de una diferencia en el marco de la OMC, dentro de la UE, por ejemplo: las empresas, podrían adaptarse o, incluso, anticiparse a las modificaciones del Derecho de la Unión con el seguimiento de una diferencia concreta.

3. La interconexión normativa en el ámbito del sistema multilateral del comercio: ¿hacia un nuevo sistema de fuentes?

26. El concepto de «interconexión» concreta y simplifica el punto de contacto entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE dejando al margen el momento exacto en que éste se produzca dentro del Entendimiento de Solución de Diferencias. Con este término se pretende resaltar la colisión entre ordenamientos. Este concepto simplifica el proceso de implementación dejando al margen el momento en que se produce el solapamiento de ordenamientos jurídicos, el momento en que se encuentre la diferencia dentro del proceso regulado por el Entendimiento de Solución de Diferencias o las razones de interés político para que se haya producido en un momento concreto de la solución de una diferencia. Esta simplificación persigue hacer más perceptibles las posibles prácticas proto-constitucionales que se hayan desarrollado como consecuencia de esta interconexión normativa dentro de la Unión⁵¹.

La interconexión entre la OMC y la UE pretende analizar de manera genérica los distintos escenarios que se suscitan en el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones que ponen fin a una diferencia comercial.

27. Por un lado, existen diferencias en las que la Unión Europea o los Estados miembros se muestran reticentes a cumplir con decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias, por motivos políticos o económicos, pero la parte reclamante sigue accionando los mecanismos previstos en el Entendimiento para impulsar el cumplimiento de la parte demandada y condenada. Además, dentro de la UE, en estos supuestos partes privadas pueden incoar procesos para tratar de promover el cumplimiento de las resoluciones adoptadas en sede OMC. Desgraciadamente, en algunos casos se destaca como la justicia de la Unión, bajo el argumento del margen de maniobra y del respeto a la libertad de las instituciones de la Unión Europea, han amparado el incumplimiento de la UE del Derecho de la OMC.

⁴⁷ Asunto C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, STJCE 27 septiembre 2007 [ECLI:EU:C:2007:547]; asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión*, STJCE 9 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:476].

⁴⁸ Asunto C-245/02, *Anheuser-Busch Inc. y Budejovický Budvar, národní podnik* [ECLI:EU:C:2004:717], para. 70.

⁴⁹ *Vide*, entre otros, C-511/13, *Philips Lighting Poland SA, Philips Lighting BV v. Consejo de la Unión Europea* [ECLI:EU:C:2015:206], paras. 132-133.

⁵⁰ En esta línea crítica con la posición del TJUE con respecto de las resoluciones adoptadas en el marco de la OMC, *vide*, entre otros: M. ZANG, «Shall we talk? Judicial Communication between the CJEU and the WTO Dispute Settlement», *op. cit.*, p. 14.

⁵¹ Para un análisis sobre las tipologías de la implementación de las resoluciones del SSD dentro de la UE, *vide*: N. ARRIOLA, *La convergencia de los sistemas de integración: las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 177-268.

Estos tipos de interconexión fallida o problemática podrían superarse modificando algunos aspectos del propio Entendimiento de Solución de Diferencias y reforzando su carácter judicial, como es, reconociendo a los Grupos Especiales o al Órgano de Apelación la capacidad de incoar de oficio la solución de una diferencia, o adoptando un acuerdo en el que los Miembros de la Organización reconozcan la efectividad o aplicabilidad directa de las decisiones adoptadas en el marco del ESD.

28. Por otro lado, en los casos de interconexión pacífica de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio se destaca el carácter judicial del SSD ya que la parte demandada y condenada cumple con las resoluciones y recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias o con las soluciones mutuamente convenidas que ponen fin a una diferencia, además una vez depurada la contradicción con el Derecho de la OMC, la parte demandada y condenada se somete al control del cumplimiento regulado en el ESD.

La interconexión «pacífica» constituye un punto de partida fundamental para la elaboración de normas y principios que resuelvan las colisiones entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la Unión. La construcción de este sistema de fuentes del Derecho embrionario dentro de un «Derecho constitucional postnacional» en el ámbito del sistema multilateral del comercio tiene como objetivo gobernar de una manera segura y previsible las normas de la OMC dentro de los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. La institución garante de esta interconexión «pacífica» debería ser el Tribunal de Justicia de la Unión bajo la tutela del Órgano de Solución de Diferencias. Este último sería el encargado de señalar las normas europeas inconsistentes con el Derecho de la OMC y la justicia europea debería adquirir funciones similares a las que se asignan a un Tribunal Constitucional en un sistema de justicia constitucional concentrada, como sucede por ejemplo dentro del sistema constitucional español, para ejecutar las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias dentro de la UE.

Los conceptos de supremacía, primacía y de efecto directo que se dan en relación con el Derecho de la UE son elementos con un marcado carácter constitucional pero que aún no se han adoptado por el Derecho de la OMC ni por los ordenamientos jurídicos de sus Miembros⁵². La importancia reconocer el efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias reside en el hecho de que los individuos puedan invocar directamente una disposición del Derecho de la OMC, ante los Tribunales nacionales y el propio TJUE⁵³. De hecho, un aspecto que promueve la crítica por parte de los agentes privados en el contexto geográfico de la UE reside en el hecho de que el TJUE no permite que las personas privadas (o cualquier legitimado para iniciar un procedimiento ante el TJUE) cuestionen la validez o aplicabilidad de actos normativos europeos por su posible infracción del Derecho de la OMC, incluso cuando el mecanismo de Solución de Diferencia lo haya declarado. Se trata de agentes privados que pueden estar directamente afectados por dicho incumplimiento y que no tienen instancia jurisdiccional ante la que reclamar⁵⁴. Este debate en torno al efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del mecanismo de Solución de Diferencias se enmarca dentro de un debate mayor sobre la interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio y del posible desarrollo o incluso la existencia *de facto* de una serie de normas y principios de resolución de antinomias similares a las que los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo poseen.

⁵² J. P. TRACHTMAN, «8. Constitutional Economics of the World Trade Organization», en J. L. DUNOFF; J. P. TRACHTMAN (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 222-223. Sin embargo, en el caso de la UE parece más apropiado emplear el término de primacía que el de supremacía. En esta línea *vide*, DTC 001/2004 – Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005).

⁵³ A. ROSAS, «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *Journal of International Economic Law*, vol. 4, núm. 1, 2001, p. 139.

⁵⁴ G. SACERDOTI, «The dispute settlement system of the WTO: structure and function in the perspective of the first 10 years», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, núm. 1, 2006, pp. 49-75.

Conclusiones

Primera. La globalización constituye un proceso irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación constante a este nuevo escenario mundializado e interconectado.

La globalización es un fenómeno de carácter multidimensional y multinivel que ha sido capaz de desbordar los contenedores nacionales e internacionales que organizaban el mundo tras la Segunda Guerra Mundial y convertirnos en ciudadanos de una aldea global con problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de control obsoletos e insuficientes. Ante esta nueva realidad se deben proponer nuevos marcos conceptuales de investigación y organización de nuestras sociedades modernas que superen los dogmas estatistas.

La globalización supone un fenómeno a nivel mundial que hace patentes las debilidades del Estado para controlar los problemas globales. Desde la esfera política, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo, erigiéndose como los nuevos entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales que se han generado como consecuencia de la globalización. Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y normas de carácter internacional y conflictos que a su vez se repiten entre algunas normas internacionales. Estos conflictos normativos surgen por el solapamiento de las distintas organizaciones internacionales y los Estados en los sectores concretos de actuación y por la inexistencia de un sistema constitucional que sea capaz de superar las antinomias una manera análoga a como se regulan los sistemas de fuentes en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el ámbito estrictamente económico, la globalización de los flujos comerciales, de la actividad empresarial y del comercio ha generado graves problemas globales. El comercio internacional reclama mayor seguridad y predictibilidad en su desarrollo. En este contexto, la OMC constituye una pieza fundamental para regular el sistema multilateral del comercio, inabarcable para las legislaciones nacionales de manera autónoma e independiente.

Segunda. La progresiva juridificación del Sistema de Solución de Diferencias y la implementación de sus resoluciones en el ámbito europeo están generando un diálogo proto-constitucional entre ambas instituciones que beneficia a la seguridad y predictibilidad dentro del sistema multilateral del comercio.

En el desarrollo del sistema multilateral del comercio promovido por la Organización Mundial del comercio son fundamentales las legislaciones nacionales que de una manera clara y segura deben abrir sus mercados a la entrada de competidores y productos extranjeros. En algunos casos, con los Estados abusan de leyes proteccionistas infringiendo el Derecho de la OMC la Organización cuenta con sistema de solución de controversias de naturaleza cuasi-judicial que trata de garantizar el respeto del Derecho de la OMC por todos los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. Este mecanismo de solución de diferencias constituye una institución original en el ámbito del Derecho internacional donde la laxitud en la aplicación del Derecho es una característica inherente al propio sistema jurídico internacional. Este mecanismo constituye una superación del marco jurídico internacionalista y puede entenderse como una vía incipiente de adopción de principios constitucionales dentro del sistema multilateral del comercio de la OMC.

El proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del mecanismo de Solución de Diferencias genera la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC, la UE y Estados miembros y reclama la elaboración de un sistema de fuentes de Derecho en el ámbito del comercio internacional que permita estabilizar las citadas relaciones jurídicas. La gobernanza del Derecho de la OMC y el Derecho de la UE-Estados miembros podría servir de base para el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral».

Así, la progresiva normativización del sistema multilateral del comercio está flexibilizando la negativa inicial del Tribunal de Justicia de la UE de reconocer el efecto directo del Derecho de la OMC reforzando *de facto* el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral». El diálogo entre ambas instituciones se visualiza de manera más clara en los supuestos en los que la Unión es parte demandada y condenada en el Sistema de Solución de Diferencias que, a su vez, sean después llevados ante los tribunales de justicia de la Unión. En estos supuestos tanto la UE como la OMC se ven en la necesidad de referirse mutuamente a las decisiones de sus respectivos sistemas judiciales y, por tanto, se puede ver cómo existe un incipiente diálogo constitucional entre ambas instituciones. En un sentido más general, es también necesario reconocer y analizar cómo la justicia europea acepta y recepciona el Derecho de la OMC y las resoluciones de ésta Organización como parámetros de validez y de interpretación del Derecho interno (europeo).

Tercera. En análisis de los distintos tipos de implementación ponen de manifiesto los criterios para avanzar en la estructura de un sistema de fuentes en el ámbito del sistema multilateral del comercio.

Por lado, los supuestos de interconexión fallida o problemática fracturan las bases del desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral». Estos tipos de interconexión podrían superarse modificando algunos aspectos del propio ESD y reforzando su carácter judicial, como es, reconociendo a los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación la capacidad de incoar de oficio la solución de una diferencia, o adoptando un acuerdo en el que los Miembros de la Organización reconozcan la efectividad o aplicabilidad directa de las decisiones adoptadas en el marco del ESD. En el ámbito concreto de la justicia de la Unión, estos supuestos de interconexión se han justificado bajo el argumento del margen de maniobra y del respeto a la libertad de las instituciones de la UE. Por otro, la interconexión pacífica constituye el punto de partida fundamental para la elaboración de normas y principios que resuelvan las colisiones entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la Unión. La construcción de este sistema de fuentes del Derecho embrionario dentro de un «Derecho constitucional postnacional multilateral» tiene como objetivo gobernar de una manera segura y previsible las normas del sistema multilateral del comercio de la OMC dentro de los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. La institución garante de esta interconexión «pacífica» debería ser el Tribunal de Justicia de la Unión. El Órgano de Solución de Diferencias sería el encargado de señalar las normas europeas contrarias al Derecho de la OMC y la justicia europea debería adquirir funciones similares a las que se asignan a un Tribunal Constitucional en un sistema de justicia constitucional concentrada, como sucede por ejemplo dentro del sistema constitucional español, para ejecutar las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias dentro de la UE.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO: UN ANÁLISIS A LA LUZ
DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA *

FREE MOVEMENT OF PERSONS AND INTERNATIONAL
PRIVATE LAW: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE CASE
LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Córdoba

orcid ID: 0000-0002-3508-3964

Recibido: 04.05.2016 / Aceptado: 10.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3867>

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar la interacción entre la libre circulación de personas y el Derecho internacional privado. Mediante esta dimensión se profundiza en la esencia de esta movilidad intra-UE, al tiempo que se calibra el alcance del *status civitatis* europeo. Este estudio se sustenta en una jurisprudencia reciente –si bien consolidada– del TJUE en la que se garantiza no sólo el desplazamiento sino también el reconocimiento de situaciones privadas en el espacio europeo, y ello con independencia de la regulación material o conflictual del Estado miembro de acogida. En esta acción, la persona tanto física como jurídica trasciende su propio Derecho nacional y adquiere una auténtica dimensión “europea”.

Palabras clave: libre circulación de personas, ciudadanía de la Unión, Derecho internacional privado, estatuto personal.

Abstract: The aim of this paper is to analyse the interaction between the free movement of persons and private international law. This dimension deepens in the essence of this intra-EU mobility, at the same time as measuring the scope of the European *status civitatis*. This study is based on recent –yet already well defined– case law of the CJEU, guaranteeing not only the movement but also the mutual recognition of civil situations into the common European space, independent of substantive or conflict rules of the host member state. With this action, both natural and legal person go beyond their own national law in order to acquire a truly “European” dimension.

Keywords: free movement of persons, European citizenship, Private International Law, personal status.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho UE. III. Nuevas perspectivas en la interpretación del derecho a la libre circulación y residencia: 1. Paso previo: la continuidad a través de la ficción. El caso de las sociedades co-

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto i+d «Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad por la población inmigrante» (DER2016-75573-R).

merciales. 2. El reconocimiento de situaciones europeas: un estatuto personal propio a nivel UE: A) La identidad personal. B) El lugar de vida. C) Derecho a la vida familiar. IV. Los obstáculos a la libre circulación en materia de estatuto personal y la técnica del reconocimiento mutuo. V. Conclusiones.

I. Consideraciones introductorias

1. En el momento en el que se cumplen veinticinco años del salto cualitativo que supuso el Tratado de Maastricht para la libre circulación de personas, aún la jurisprudencia y la doctrina parecen discrepar sobre la naturaleza y alcance de esta prerrogativa clave en el proceso de integración europeo. Más allá de un debate puramente teórico que se circunscriba al campo de los especialistas en la materia, estamos ante una cuestión crucial al tener consecuencias directas tanto en el conjunto de sus beneficiarios como en el estatuto jurídico de éstos. No obstante, pese a dichas divergencias en cuanto a su concreción, cuando nos aproximamos al estudio de la libre circulación de personas en la Unión Europea, varias ideas parecen no discutirse, al menos de base.

2. En primer lugar, su *continua evolución en el tiempo*. No es aventurado afirmar que se está ante una de los hitos del Derecho UE que mayor cambio ha sufrido en relación tanto a su alcance personal como material. En consecuencia, ni las categorías de ciudadanos europeos que se benefician de esta libre movilidad, ni los requisitos y formalidades exigidas para ellos y sus familiares, son los mismos en la década de los setenta que en la actualidad. Sin duda alguna, su mayor punto de inflexión fue su reconocimiento mediante el Tratado UE ya no sólo como libertad económica en el marco de un mercado interior, sino como objetivo de una nueva Unión más política en el contexto del entonces recién creado espacio de libertad, seguridad y justicia¹.

En segundo lugar, su *marcada ambivalencia*, evidenciada en un doble sentido. Por un lado, dada su naturaleza tanto económica como política². Desde los orígenes del proceso de integración, la libre movilidad de las personas económicamente activas ha sido uno de los elementos indispensables para la consecución de un mercado común europeo. Desde la década de los 90 y junto con el derecho de residencia en la UE, se conforma asimismo como la prerrogativa básica del recién creado estatuto del ciudadano UE. Y desde otra perspectiva se constata asimismo su naturaleza dual dada la necesidad de distinguir la libertad de circulación como derecho del ciudadano UE y otras figuras asimiladas, del que podemos denominar *derecho a viajar* reconocido a toda persona que se encuentre legalmente en el espacio Schengen por un periodo máximo de tres meses. Dicho carácter ambivalente más que atemperarse en el tiempo parece incrementarse hasta el punto de cuestionarnos si sería más apropiado hoy referirnos en plural a “libertades de circulación”³.

En tercer lugar, *la complejidad en cuanto a su consecución*. No se discute que la realización práctica de la libre circulación de personas requiere una actuación en ámbitos diversos⁴. Por una parte, la base es el reconocimiento de un modo directo, incondicional e independiente de dicha libertad de circulación para todo ciudadano UE, tal como se consagra en el art. 21 TFUE dotando así a esta prerrogativa de la base jurídica requerida. Por otra, se requiere el establecimiento de un espacio europeo sin controles fronterizos interiores donde dicha libertad se encuentre garantizada; algo que se ha materializado mediante el Espacio Schengen. De este tema crucial se ha encargado con rigor y detenimiento la

¹ Sobre la relevancia que supuso este espacio de libertad, seguridad y justicia, *vid. inter alia*, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La libre circulación de personas y el Tratado de Amsterdam”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 177, 1999, pp. 53-68; H. BRIBOSIA, “Liberté, sécurité et justice: l’ombroglio d’un nouvel espace”, *Rev. MU eur.*, nº 1, 1998, pp. 27-54; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 70, 2007, pp. 85-126.

² M. SOTO MOYA, “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *REDI*, 2008, pp. 163-178.

³ Sobre el carácter único o plural de la libre circulación en la UE *vid.* E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (Dir.), *L’Unité des libertés de circulation. In varietate concordia*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 389 ss. Dentro de esta obra, en particular, M. FATUNOVA et C. MARZO, “Le classement des libertés de circulation en doctrine –aperçu de droit comparé”, pp. 159-184, J. Y. CARLIER, “Opérateur économique, citoyen, “personne”: quelle liberté choisir pour la protection de ses droits? *E pluribus unum*”, pp. 233-250.

⁴ Sobre una perspectiva general en cuanto a la complejidad práctica y actual de la consecución de esta libertad, *vid.* P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “La libre circulación de personas: fortalezas y debilidades”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 10, 2012, pp. 57-79.

doctrina tanto nacional como internacional, a la que nos remitimos⁵. No obstante, hemos de añadir otro ámbito más que es objeto de este estudio y que ha ganado relevancia en los últimos años por parte de la jurisprudencia del TJUE. Me refiero al reconocimiento de situaciones jurídicas de carácter privado y/o familiar nacidas al amparo de un determinado ordenamiento jurídico y que están llamadas a tener eficacia en otro Estado miembro en aras a garantizar de modo completo la libertad de circulación y residencia en tanto que derecho fundamental del ciudadano de la UE. Asistimos sin duda, a otra dificultad a la hora de su plena realización, más aún cuando el aumento de matrimonios mixtos y familias transfronterizas⁶, no viene acompañado de una armonización del derecho material y conflictual de los Estados miembros, moviéndonos en materia de casi plena soberanía estatal⁷.

3. Partimos de la hipótesis que un análisis desde esta perspectiva del Derecho internacional privado si bien ha sido escasamente tratada⁸, resulta clave en aras a una mejor concreción de la naturaleza y caracteres actuales de la libre circulación. En la lógica de una libre movilidad de personas que está llamada a disfrutarse de modo completo y sin obstáculos, emergen hoy cuestiones que van más allá de requisitos y formalidades administrativas, y cuya resolución óptima es básica para su conformación definitiva como un auténtico derecho fundamental del ciudadano UE en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta perspectiva es, además, el emplazamiento idóneo para abordar cuestiones que dan contenido material al tiempo que definen los beneficiarios de esta libertad, tales como el orden público nacional versus protección derechos fundamentales UE o el alcance y el nivel de autonomía de la libre circulación de personas.

Para el desarrollo de nuestro estudio, en primer lugar, analizaremos la interrelación existente entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la Unión Europea, prestando especial atención a las normas reguladoras de la libre circulación de personas. Nos aproximaremos a la confluencia y discrepancias entre ambas disciplinas en cuanto a sus objetivos, naturaleza de sus normas y técnicas de resolución (II). A continuación, procederemos a examinar un conjunto de casos que abogan por la continuidad de situaciones ya creadas en el espacio común europeo, distinguiendo según se trate del desplazamiento de personas morales o físicas (III). Analizaremos luego la noción de obstáculo a la libre movilidad, así como el principio de reconocimiento mutuo, en tanto que nueva técnica jurisprudencial de carácter funcional que subyace en las resoluciones del TJUE (IV). Para finalizar, esbozaremos una serie de conclusiones (V).

II. Interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la UE

4. La relación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la Unión no siempre es pacífica; si bien, en una organización regional con los caracteres de la UE, ambos están llamados

⁵ *Vid. inter alia*, A. DEL VALLE GÁLVEZ, “La refundición de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, nº 1, 1998, pp. 41-77; V. HREBLAY, *La libre circulation des personnes. Les accords de Schengen*, Politique d’aujourd’hui, Paris 1994; H. LABAYLE, “La libre circulation des personnes dans l’Union européenne, de Schengen à Amsterdam”, *AJDA*, 20 décembre 1997, pp. 923-935; J.E. SCHUTTE, “Schengen: It’s meaning for the free movement of persons in Europe”, *CMLR*, nº. 28, 1991, pp. 549-570.

⁶ Sobre los distintos modelos de familia y sus principales retos en la UE, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, J. L. IGLESIAS BUHIGUES (Dir.), *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001; C. MCGLYNN, *Families and European Union: Law, Politics and Pluralism*, University Press, Cambridge, 2006; S. SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁷ Sobre un balance actual en cuanto a la influencia de la construcción europea sobre el Derecho internacional privado, *vid.* R. BARATTA “Note sull’evoluzione del diritto internazionale privato in chiave europea”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, nº. 4, 2015, pp. 721-728; R. M. MOURA RAMOS y A. RODRÍGUEZ BENOT, *Evolución del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016, pp. 113 ss.

⁸ M. FALLON argumenta que hay dos razones que justifican el escaso análisis de la influencia del Derecho UE sobre el sector del Derecho aplicable en Derecho internacional privado. En primer lugar, el mayor desarrollo durante décadas de los instrumentos UE sobre competencia judicial y reconocimiento, a los que habría que unir más recientemente el interés por las disposiciones de Derecho derivado sobre cuestiones concretas. Y, en segundo lugar, la rareza de los asuntos sobre el Derecho aplicable, en comparación con el conjunto de la jurisprudencia del TJUE, “Libertés communautaires et règles de conflit de lois”, en A. FUCHS, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 31 ss.

necesariamente a coexistir y complementarse⁹. Así, junto a convergencias en cuanto a su objeto o sus recíprocas influencias, emergen asimismo multitud de divergencias entre ambas disciplinas en relación a sus objetivos, su naturaleza y las técnicas normativas empleadas. En efecto, ambas se encargan de situaciones que están relacionadas, de uno u otro modo, con distintos Estados y que tienen una naturaleza transfronteriza. El Derecho de la UE, está orientado a la consecución de un mercado común, sin fronteras interiores en el que circulen libremente las mercancías, las personas, los servicios y los capitales (art. 26 TFUE); y en cuyo contexto, el objetivo último es evitar los obstáculos de todo tipo –ya sea de Derecho privado o público– a dicha movilidad intra-UE¹⁰. Para ello, el Derecho UE es un derecho supranacional que goza de los caracteres de primacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo, ampliamente refrendados desde una época temprana por el TJUE.

5. Por su parte, el Derecho internacional privado, tiene como función una adecuada coordinación entre los sistemas jurídicos de los diferentes Estados cada uno con una jurisdicción y un derecho propio, dando así respuesta a las situaciones con uno o varios elementos de extranjería. Este Derecho internacional privado de origen estatal, sufre desde hace años la erosión de sus competencias nacionales fruto de la influencia del *corpus iure* de la UE. Ahora bien, bajo esta divergencia de objetivos y funciones aflora, en mi opinión, un sustrato común a ambas disciplinas: su marcada vocación de dar continuidad a las relaciones creadas en un Estado y que están llamadas a desplegar efectos más allá de éste, todo ello en aras a la seguridad jurídica de la persona y sus relaciones. Tal como será objeto de análisis en el siguiente epígrafe, es ésta una dimensión que aflora con fuerza en las actuales sentencias del TJUE sobre libre circulación tanto de personas físicas como de sociedades.

6. De igual modo, no podemos obviar las influencias recíprocas entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la UE. De una parte, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1997 asistimos a una europeización del Derecho internacional privado, primero como normas subordinadas en tanto que complemento para la consecución del mercado interior¹¹, y tras la aprobación del Tratado de Lisboa en 2007, como normas independientes destinadas a conformar un auténtico espacio judicial europeo como objetivo crucial de la UE¹². En virtud del art. 81 TFUE, la UE tiene competencias en “cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza” (apdo. 1º), así como, cuando lo requiera el espacio judicial europeo o el mercado interior, para dictar normas que garanticen “la

⁹ La interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la UE ha sido objeto de estudio por la doctrina internacional de manera abundante, *vid. Inter alia*, M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré –L’expérience de la Communauté européenne”, *RCADI*, 1995, vol. 253, pp. 279 ss.; J. S. BERGÉ ET M. L. NIBOYET (Dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003; H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “The EU and a metamorphosis of private international law”, *Reform and Development of Private International Law. Essays in honour of Sir P. North*, Univ. Press, Oxford, 2002, pp. 111-136; L. IDOT, “L’incidence de l’ordre communautaire sur le droit international privé”, *LPA*, 12 décembre 2002, n° 248, pp. 27 ss.; C. KOHLER, *Der Europäisches Internationales Privatrecht*, Mohr, Tübingen 2002 en A. FUCHS, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT, *op. cit.* nota 8; M. AUDIT, H. MUIR-WATT, ET É. PATAUT, *Conflits de lois et régulation économique. L’expérience du marché intérieur*, LGDJ, Paris, 2008; J. HEYMANN, *Le droit international privé à l’épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010.

¹⁰ Desde el caso *Dassonville* el TJCE consideró como obstáculo potencial a evitar en los intercambios comerciales de los Estados miembros toda normativa de los Estados miembros, asunto C-8/74, *Procureur du Roi contra Benoît y Gustave Dassonville*, de 11 de julio de 1974, *Rec.1974*, p. 82, apdo. 5.

¹¹ Sobre el papel de las normas de conflicto en la consecución del mercado interior señala acertadamente S. GRUNDMANN que éste se ha analizado desde dos perspectivas fundamentalmente: primero como noción básica en la consecución de las libertades fundamentales; y segundo, en el marco de la armonización del mercado en la interacción entre las competencias centralizadas y las nacionales, “Internal Market Conflict of Laws. From Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order”, en A. FUCHS, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT, *op. cit.*, nota. 8, pp. 5-29. Sobre esta cuestión *vid. asimismo, inter alia*, en M. AUDIT, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT (Dir.), *Conflits de lois et régulation économique. L’expérience du marché intérieur*, LGDJ, Paris, 2008; S. GRUNDMANN, “Binnenmarkt kollisionsrecht, vom kalssischen IPR zur Integrationsordnung”, *RabelsZ*, n° 69, 2000, pp. 457 ss.; H. WAGNER, “The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law”, *CMLR*, 2002, n° 39, pp. 995 ss.; M. AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *JDI*, n° 133, 2006, pp. 1333 ss.

¹² Sobre esta evolución, *vid. inter alia*, J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, vol. 37, n° 3, *CMLR*, 2000, pp. 687 ss.; I. BROUSSE, “Le Traité de Lisbonne et le droit international privé”, *JDI Clunet*, n° 1, 2010, pp. 3-34; E. M. KIENINGER and O. REMIEN, *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, Nomos, Baden-Baden, 2012; Emilio PAGANO (Ed.), *Saggi di diritto internazionale privato dell’Unione europea*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012.

compatibilidad de las normas estatales en los Estados miembros en materia de conflicto de leyes y de jurisdicción” (apdo. 2º).

No obstante, pese a las nuevas competencias de las instituciones UE en Derecho internacional privado, parece difícil imaginar en un futuro un *reductum ad unum* en la Unión Europea dados los distintos sistemas de Derecho civil y conflictual existentes¹³. Entre tales materias aflora con especial dificultad aquellas relativas al estatuto personal y el Derecho de familia que se inspiran en tradiciones culturales, sociales e, incluso, religiosas de cada comunidad, y que forman parte de la propia identidad de ésta¹⁴. Todo ello, sin obviar que asistimos desde hace unos años a una ingente europeización del Derecho aplicable en sectores concretos¹⁵, como el divorcio y la separación judicial¹⁶, la obligación de alimentos¹⁷, los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas¹⁸ o el Derecho de sucesiones¹⁹.

7. Por su parte, el Derecho UE utiliza métodos y técnicas normativas propias del Derecho internacional privado. En primer lugar, el principio de reconocimiento mutuo, método propio del Derecho internacional privado que permite que decisiones jurídicas o situaciones constituidas en un Estado desplieguen efectos declarativos y/o constitutivos en otro Estado. En concreto, y tal como será objeto de análisis en el apartado dedicado a la reciente evolución jurisprudencial en materia de libre movilidad, el TJUE ha traspuesto dicho método del reconocimiento en aras a conformar una auténtica ciudadanía de la UE, si bien transformándolo y definiendo sus límites²⁰.

Y, en segundo lugar, la posible calificación como normas de policía de los principios europeos sobre libre circulación²¹. Dejando al margen el debate sobre la inclusión o no entre las técnicas normativas del Derecho internacional privado de estas normas –también llamadas normas materiales imperativas o de aplicación necesaria–²², la realidad es que existe un importante sector doctrinal que aboga por la existencia de éstas en el sistema de Derecho UE. A partir de su definición por parte del TJUE en el asunto *Arblade* (23 de noviembre de 1999) y su mención expresa por parte del art. 9 del Reglamento Roma I²³,

¹³ En este sentido, *inter alia*, R. BARATTA, “Note sull’evoluzione del diritto internazionale...”, *op. cit.*, nota 7, p. 723; Sobre esta cuestión *vid. amplius*, S. POILLOT-PERUZZETTO, “La priorité de l’Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l’élaboration d’un code européen de droit international privé”, M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de Droit international privé?*, Peter Lang, Bruxelles, 2011, pp. 51 ss.; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del Derecho privado en Europa”, *Revista de estudios jurídicos*, nº 11, 2011, pp. 35-60.

¹⁴ En relación a los esfuerzos y dificultades en aras a esta armonización, *vid.* M. V. ANTOKOLSKAIA, “Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 22, nº. 4, pp. 397-421, 2010; *ID.* *Harmonisation of family law in europe: a historical perspective*, Oxford: Intersentia, 2006; K. BOELE-WOELKI (Ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford, 2003.

¹⁵ Sobre la evolución y resultados de la armonización del Derecho aplicable en el ámbito del Derecho de familia a nivel UE, *vid. inter alia*, M. DI FILIPPO Y OTROS, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008; A. RODRÍGUEZ BENOT, “El Derecho de familia en la construcción del Espacio judicial europeo: encaje institucional y realizaciones materiales”, en R. M. MOURA RAMOS Y A. RODRÍGUEZ BENOT, *op. cit.*, nota 7, en particular pp. 137-158.

¹⁶ Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *DOUE L* 343 de 29 de diciembre de 2010.

¹⁷ Reglamento (CE) nº 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE L* 149 de 12 de junio de 2009.

¹⁸ Reglamento (UE) nº 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución en materia de regímenes económicos matrimoniales (aplicable, de manera general a partir del 29 de enero de 2019), *DOUE L* 183, de 8 de julio de 2016.

¹⁹ Reglamento (UE) nº 650/2012, de 7 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 (vigente desde el 17 de agosto de 2015), *DOUE L* 201, de 7 de julio de 2012.

²⁰ En este sentido, L. AZOULAI, “Le sujet des libertés de circuler”, en E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (Dir.), *op. cit.* nota 3, p. 404; Á. LARA AGUADO, “Reconocimiento, sí, ma non troppo: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácora Millennium DIPr.*, 2016, pp. 1-14.

²¹ *Vid.* E. A. OPREA, “Les principes européens de libre circulation –des lois de police?”, *Studia Universitatis Babeş Bolyai-Jurisprudentia*, nº 2, 2012, pp. 220-237; *ID.* *Droit de l’Union européenne et lois de police*, L’Harmattan, Paris, 2015.

²² *Vid.* por todos, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 1, Comares, Granada, 2016, pp. 418 ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 144 ss.

²³ Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOCE L* 177, de 4 de julio de 2008.

a los supuestos ya confirmados en el ámbito de la competencia, se une con fuerza el sector de la libre circulación. En efecto, dos caracteres parecen definir las leyes de policía: la consecución de un objetivo incontestable y un alcance espacial delimitado en función de este fin²⁴. El Derecho UE persigue la realización de un mercado interior y, por consecuencia, la elaboración de normas destinadas a facilitar la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Visto ese *rol* varios autores no han dudado en calificar a estas normas como leyes de policía. Dicha afirmación se basa en que estas reglas sobre libre movilidad censuran la aplicación de normas nacionales discriminatorias y/o que supongan obstáculo alguno para dicha circulación en el interior del mercado único, teniendo como efecto validar situaciones contrarias para las leyes nacionales, y ello las sitúa en la categoría de leyes de aplicación necesaria²⁵.

III. Nuevas perspectivas en la interpretación jurisprudencial del derecho a la libre circulación y residencia

8. La actual dimensión dada por el TJUE en el sector del Derecho aplicable en el marco de la libre circulación de personas, está resultando claves en un doble sentido delimitador: por un lado, en relación al alcance de la libre movilidad en un espacio de libertad, seguridad y justicia, y, por otro, en cuanto a la interrelación entre el Derecho UE y el Derecho internacional privado nacional. Al mismo tiempo subyace con fuerza en dicha jurisprudencia la determinación del nivel de protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico de la Unión, en tanto que “medidor” óptimo del contenido real del estatuto del ciudadano de la UE.

9. Es una constante en la jurisprudencia del TJUE en relación a las libertades de circulación su importante labor en cuanto a la concreción de sus beneficiarios, y correlativamente su estatuto jurídico. En efecto, el Derecho de la UE no se ocupa de ello sino que lo deja al ámbito nacional se trate de personas físicas o de empresas: así el tenor de los respectivos artículos 20.1 y 54.1 del TFUE. Tal como se desprende del asunto *Cartesio*, el Derecho de la Unión más que crear sujetos de derecho, fabrica una serie de regímenes jurídicos particulares, en función de las situaciones de las personas cuya cualificación como sujeto viene dada por ordenamientos jurídicos nacionales²⁶. Ahora bien, en la actualidad existen nuevos pronunciamientos del TJUE que dan un paso más ante determinadas situaciones interconectadas con distintos Estados miembros a las que se pretende dar continuidad a nivel UE, trascendiendo así los ordenamientos nacionales. A ello habría que unir las situaciones puramente internas que desafiando la exigencia de la transnacionalidad buscan una vía para ser incluidas en el ámbito de aplicación del Tratado relativo a la libre circulación. De este modo, no es aventurado afirmar que si bien es verdad que la ciudadanía de la UE está enunciada en el Tratado UE desde hace más de veinte años, no es menos cierto que hasta época relativamente reciente no asistimos a la conformación de un estatus propio en el derecho a la libre circulación y residencia.

10. Prácticamente desde un inicio el TJUE ha llevado a cabo una auténtica acrobacia jurisprudencial ampliando más allá del tenor literal de Reglamentos y Directivas el conjunto de beneficiarios de

²⁴ Sobre la problemática general de las leyes de policía, *vid. amplius*, P. FRANCESCAKIS, “Lois d’application immédiate et règle de conflit”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1967, pp. 691-698; B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Paris, 2008.

²⁵ A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle legge italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Publications de l’Institut suisse de Droit Comparé, Zurich, 1998, pp. 122 ss.; M. BEHAR-TOUCHAIS, “Conflits de lois et régulation économique: les opérations bancaires”, en A. AUDIT, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT, *op. cit.*, nota 9, pp. 75 ss.

²⁶ L. AZOULI, *op. cit.*, nota 20, p. 386. *Vid.* STJUE de 16 de diciembre de 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*, asunto C-210/06, *Rec.* 2008, p. 723, considerando 109, “la cuestión de si el artículo 43 CE se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo, a semejanza, por lo demás, de la cuestión de si una persona física es un nacional de un Estado miembro que, por este motivo, puede gozar de dicha libertad, constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable”. En este mismo sentido, asunto C-378/10, *VALE Építési kft*, STJUE 12 de julio de 2012, *Rec.* 2012, p. 440, apdo. 28.

la libre movilidad. En el marco de la libre circulación de trabajadores, conocidas son las sentencias en las que con el fin de englobar el mayor número de situaciones ha considerado irrelevante la duración del trabajo prestado o la naturaleza jurídica de la relación laboral (*Levin, Kempf, Watson y Belmann*)²⁷, se ha diluido el concepto de actividad económica (*Steyman o Bettray*)²⁸ o, incluso, la actualidad de ésta al ser sus titulares estudiantes o buscadores de empleo (*Antonissen, Lebon, Gravier*)²⁹. En el ámbito de la libre prestación de servicios también son sabidas las sentencias que han reconocido al consumidor o al turista (*Luisi/Carbone, Cowan, Chen*)³⁰ como beneficiario en tanto que sujeto pasivo de la actividad económica.

En la jurisprudencia objeto de nuestro análisis existe sin duda un cambio cualitativo, no se trata ya de una ampliación apegada a la consecución de objetivos de carácter económico, sino del reconocimiento de un estatus propio de situaciones *européas*. En esta construcción podemos identificar dos etapas: el génesis que aflora en el campo de las sociedades llamadas a trascender los derechos nacionales; y, su conformación más real en relación a las personas físicas mediante la identificación de determinados derechos particulares de un estatuto personal a nivel de la UE que las autoridades nacionales son compelidos a reconocer.

1. Paso previo: la continuidad a través de la ficción. El caso de las sociedades comerciales

11. La cuestión de la movilidad de las sociedades en la Unión Europea está dando bastante juego al TJUE en estos últimos años. Una primera cuestión que ha sido puesta de relieve es la incidencia del Derecho UE, y en concreto de las libertades de circulación, en el Derecho nacional de cada Estado miembro –ya sea el Derecho de sociedades, el Derecho fiscal o el Derecho internacional privado–³¹. En efecto, consecuencia de la primacía del Derecho UE los principios de libertad de establecimiento no pueden verse perjudicados y/u obstaculizados por ninguna norma de Derecho interno aplicable a situaciones jurídicas creadas –o que aspiran a crearse– en otro Estado miembro. Un ejemplo emblemático de esta cuestión es el asunto *Centros Ltd*, en el que los fundadores –un matrimonio danés con residencia en Dinamarca– crean una sociedad limitada en Reino Unido dadas las exigencias mínimas de este país con respecto a la constitución y al desembolso de su capital social. Amparándose en la libertad de establecimiento constituyen a posteriori una sucursal de esa empresa británica en Dinamarca para ejercer allí su actividad económica. La problemática surge cuando con arreglo al Derecho danés, Centros se considera una sociedad de responsabilidad limitada extranjera y no cumple los requisitos para constituirse como sucursal, principalmente porque no ejerce ninguna actividad comercial en Reino Unido, sólo en Dinamarca. La dificultad estriba en que la Administración danesa impide la creación de una sucursal a una empresa comunitaria, al someterla al tamiz de los requisitos de su ley nacional. En definitiva, no reconoce que ha sido creada de acuerdo al Derecho británico, aplicándole a esa persona jurídica sus propias normas internas para poder operar en Dinamarca.

12. El TJUE no duda que se está ante un obstáculo al derecho de establecimiento que no puede exceptuarse en este caso por razones de orden público, ni alegando el ejercicio abusivo y fraudulento del

²⁷ Asunto C-53/81, *D. M. Levin contra secretaria del Estado a la Justicia*, STJCE de 23 de marzo de 1982, *Rec.* 1982, p. 105; Asunto C-139/85, *R. H. Kempf contra Staatssecretaris van Justitie*, STJCE de 3 de junio de 1986, *Rec.* 1986, p. 223; Asunto C-118/75, *Lynne Watson y Alessandro Belmann*, STCE de 7 de julio de 1976, *Rec.* 1976, p. 106.

²⁸ Asunto C-196/87, *Udo Steyermann contra Staatssecretaris van Justitie*, STJCE de 5 de octubre de 1988, *Rec.* 1988, p. 475; Asunto C-344/87, *I. Bettray contra Staatssecretaris van Justitie*, STJCE de 31 de mayo de 1989, *Rec.* 1989, p. 226.

²⁹ Asunto C-292/89, *The Queen contra Immigration Appeal Tribunal, ex parte: Gustaff Desiderius Antonissen*, STJCE 26 de febrero de 1991, *Rec.* 1991, p. 80; Asunto C-316/85, *Centre public d'aide sociale de Courcelles contra Marie-Christine Lebon*, STJCE de 18 de junio de 1987, *Rec.* 1987, p. 302; Asunto C-293/83, *Françoise Gravier contra Ville de Liège*, STJCE de 13 de febrero de 1985, *Rec.* 1985, p. 69.

³⁰ Asunto 286/82 y 26/83, *Graziana Luisi y Giuseppe Carbone contra Ministerio del Tesoro*, TJCE de 31 de enero de 1984, *Rec.* 1984, p. 35; Asunto 186/87, *Ian William Cowan contra Trésor public*, STJCE 2 de febrero de 1989, *Rec.* 1989, p. 47; Asunto C-200/02, 9 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department*, *Rec.* 2004, p. 639.

³¹ Sobre un encuadre general en cuanto a la incidencia de las libertades de circulación de la UE en el Derecho internacional privado, *vid.*, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado, op. cit.*, nota 22, pp. 108 ss.

derecho de establecimiento³², tal como lo configura el Tratado UE. El Derecho interno danés no puede supeditar el ejercicio del derecho de establecimiento al cumplimiento de un requisito adicional, en este caso que se ejerza la actividad económica en Dinamarca; es más, no puede ni siquiera entrar a investigar sobre tal ejercicio³³.

Para las sociedades, esta dimensión del derecho de establecimiento UE emerge como un instrumento claro de elección de ley. La neutralidad del Derecho de la Unión en cuanto a la conexión de la sociedad con el Derecho nacional es básica, admitiendo que haya determinados países –como Reino Unido– cuyo Derecho de sociedades no exija el ejercicio real de una actividad económica en su territorio. Así las cosas, esta elección de ley unida a la naturaleza transnacional de los supuestos permite un “doble uso de la libertad de establecimiento” disfrutando de las ventajas de uno y otro sistema jurídico³⁴. En este caso *Centros*, las condiciones atractivas de creación de una sociedad prevista por el Derecho inglés y, para el resto, la familiaridad del sistema danés.

13. Con esta sentencia el TJUE garantiza el derecho de establecimiento con independencia de las normas internas del país de acogida mediante la doctrina del reconocimiento mutuo³⁵. Al hilo de este razonamiento y mediante una sentencia posterior –el asunto *Überseering*–, el TJUE no duda en afirmar taxativamente que el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse³⁶. Ello conlleva, no sólo la creación de una sucursal sin la supeditación a determinados requisitos establecidos en el Derecho de sociedades interno para su constitución (*Centros*, *Inspire Art*), sino asimismo la obligación para el Estado de acogida de reconocer la capacidad jurídica y la capacidad procesal que una sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución (*Überseering*). A través de la técnica del reconocimiento, el TJUE consigue el efecto útil de “desactivar” la normativa nacional³⁷ en aras a salvaguardar las libertades UE, siempre con los consabidos límites de orden público, seguridad o salud pública. Más allá del debate doctrinal que ha surgido sobre la calificación de la normativa europea debido al efecto sobre el Derecho internacional privado del Estado de acogida³⁸, creo que es de mayor

³² Atendiendo a la jurisprudencia TJUE, se considera abuso del derecho cuando su titular lo ejercita de manera irrazonable para obtener, en perjuicio de otro, “ventajas ilegítimas y que de modo manifiesto no guardan relación con el objetivo perseguido por el legislador al conferir a la persona esa concreta situación subjetiva” (Asunto C-303/1, *Alexandros Kefalas y otros contra Estado helénico y OAE*, STCE, 12 de mayo de 1998, *Rec.* 1998, p. 222). De modo que se acoge de la libertad de establecimiento UE la constitución de una sociedad en un Estado miembro con el fin de eludir ya sea la legislación en materia de sociedades que impone requisitos más estrictos (Asunto C-167/1, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd*, STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Rec.* 2003, p. 512, apdo. 98) o beneficiarse de un régimen fiscal más favorable (Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue*, STJCE 12 de septiembre de 2006, *Rec.* 2006, p. 544, apdo. 38). Sobre esta cuestión, *vid amplius* N. BROWN, “Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?”, in *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, vol. II, pp. 511 y ss., especialmente p. 515; A. ILIOPOULOU-PENOT, “Libertés de circulation et abus de droit”, en E. DUBOUT ET A. MAIRTROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, nota 3, pp. 185 ss.

³³ En palabras del Abogado General Sr. A. LA PERGOLA, Conclusiones presentadas el 16 de julio de 1998 en el asunto *Centros*, *Rec.* 1998, p. 380, apdo. 18.

³⁴ A. L. SIBONY, “Libre prestation de services et droit d’établissement: les stratégies des entreprises”, en E. DUBOUT ET A. MAIRTROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, nota 3, pp. 255-256.

³⁵ *Vid.* Conclusiones del Abogado General A. LA PERGOLA, *op. cit.* nota 33.

³⁶ Asunto C-208/00, *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, STJCE 5 de noviembre de 2002, *Rec.* 2002, p. 63, apdo. 59.

³⁷ El primer antecedente lo tenemos en el asunto *Christos Konstantinidis contra Stadt Altensteig* (STCE de 30 marzo 1993, C-168/91, *Rec.* 1993, p. 115), en el que el TJUE concluyó que “El artículo 52 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un nacional helénico se vea obligado, por la legislación nacional aplicable, a utilizar, en el ejercicio de su profesión, una grafía de su nombre tal que la pronunciación se encuentra desnaturalizada y que la deformación que de ella se deriva le expone al riesgo de una confusión de personas entre su clientela potencial”.

³⁸ Así hay autores que han señalado que las normas UE sobre libre circulación contendrían una “norma de conflicto escondida” que conllevaría que los supuestos de Derecho internacional privado deben regirse por la Ley del Estado miembro de origen y no la Ley del Estado miembro de acogida, L. RADICATI DI BROZZOLO, “Libre circulation dans la CE et règles de conflit”, en P. LAGARDE ET B. VON HOFFMANN, *L’européanisation du droit international privé*, Série de Publications de l’Académie de droit européen de Trèves, vol. 8, Bundesanzeiger, Köln, 1996, p. 87-103. Otros autores como A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ descartan esta teoría sobre la base que este reconocimiento no se aplica para concretar la Ley reguladora de las situaciones privadas internacionales (*op. cit.*, nota 22, pp. 111). A este debate habría que sumar el ya aludido sobre la

interés sus consecuencias sobre la propia naturaleza jurídica de la sociedad al trascender de su propio Derecho nacional y adquirir una auténtica dimensión europea, cuestión sobre la que el TJUE ha tenido la oportunidad de profundizar en resoluciones posteriores.

14. En el marco del traslado de empresas, nos interesan fundamentalmente las sentencias *Cartesio* y *Vale*, y en particular, la técnica utilizada por el TJUE en el proceso de subjetivación de tales empresas que aspiran a mantenerse bajo el Derecho UE entre las leyes nacionales de dos Estados miembros en el *iter* de su traslado. Como punto de partida, el TJUE ha indicado en varias ocasiones que las personas jurídicas sólo tienen existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y funcionamiento³⁹. La controversia surge cuando una sociedad desea trasladarse a otro Estado miembro sin perder su identidad. Dos preguntas subyacen: ¿se está en el marco del derecho de establecimiento UE? ¿Es esto posible en el estado actual del Derecho UE? El TJUE ha tenido ocasión de analizar la cuestión en dos ocasiones. En primer lugar, en el asunto *Cartesio* en el que una sociedad comanditaria tiene la intención de transferir su domicilio social de Hungría a Italia, pero desea seguir registrada en Hungría, de forma que su estatuto legal continúe regulado por el Derecho húngaro. Y, a continuación en el asunto *Vale* sobre el desplazamiento transfronterizo de una sociedad italiana a Hungría mediante el traslado de su domicilio social, con cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil italiano, cambio del Derecho aplicable y nueva constitución de una sociedad húngara que pretende ser la sucesora universal de dicha sociedad italiana. En el asunto *Cartesio* el TJUE concluye que el derecho de establecimiento no se opone a la negativa de la ley húngara para el traslado del domicilio social de la empresa italiana al pretender seguir registrada en Hungría y bajo la legislación de este último país, mientras que en el asunto *Vale* sí aboga por la llamada transformación transfronteriza de una empresa italiana a húngara al estar previsto para las sociedades nacionales dicha transformación. Con independencia del resultado positivo o negativo del traslado de empresas de un Estado miembro a otro dadas las particularidades de cada caso, mediante su razonamiento jurídico se confirma que en el estado actual del Derecho UE la sociedad de un Estado miembro trasciende su existencia más allá de su propia legislación, hacia una entidad jurídica con dimensión europea.

15. En primer lugar, la afirmación que hemos referido antes de que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional no existe más que mediante la legislación interna que permite su constitución y fija las condiciones, debe ser matizada. En efecto, según refiere el Abogado General Sr. Poiares Maduro, “es imposible alegar sobre la base del estado actual del Derecho comunitario que los Estados miembros disfrutaban de una libertad absoluta para determinar la ‘vida y muerte’ de las sociedades constituidas con arreglo a su Derecho interno, con independencia de las consecuencias para la libertad de establecimiento”⁴⁰. De otro modo, los Estados miembros tendrían *carte blanche* para imponer una “sentencia de muerte” a una sociedad constituida con arreglo a su normativa tan sólo por haber decidido ejercer su libertad de establecimiento. Así en el caso *Cartesio*, la legislación húngara al no acoger el traslado de la sede social al extranjero, en opinión del Abogado General está limitando el derecho de establecimiento UE. Con este razonamiento, se dota a la sociedad *Cartesio* de atributos reservados exclusivamente a ciertas “criaturas” realmente europeas como sería el caso de las sociedades europeas⁴¹.

conveniencia de calificar a las normas sobre libre circulación como leyes de policía dado el efecto que conllevan de evitar en casos como los analizados de la ley estatal designada y ello sobre la base del interés superior perseguido (*vid.* párrafo último epígrafe II y notas a pie 21, 24 y 25).

³⁹ Asunto *Daily Mail and General Trust*, C-81/87, de 27 de septiembre de 1987, *Rec.* 1988, p. 456, apdo. 19.

⁴⁰ Conclusiones del abogado general Sr. P. MADURO, asunto *Cartesio*, presentadas el 22 de mayo de 2008, *Rec.* 2008, p. 294, apdo. 31.

⁴¹ Así, el art. 8 del Reglamento (CE) n° 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) prevé que una sociedad europea podrá trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro conservando su personalidad jurídica, sin que ese traslado dé lugar a la creación de una nueva persona jurídica (*DOUE* L 294, de 10 de noviembre de 2001). Del mismo modo, el art. 7 del Reglamento (CE) n° 1435/2003, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), permite el traslado del domicilio social de las cooperativas europeas (*DOUE* L 207, de 18 de agosto de 2003). Por otra parte, la Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2006, relativas a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital, prevé situaciones en las que una sociedad se fusiona con otra constituida en otro Estado miembro (*DOUE* L 310, de 25 de noviembre de 2006). Sobre este particular, *vid.* L. AZOULAI, *op. cit.*, nota 20, p. 399.

No obstante, si bien el TJUE en el asunto *Cartesio* no advierte en la legislación húngara contrariedad con el art. 43 TFUE, en su disquisición recoge en parte la exposición del Abogado General Sr. Maduro. En efecto, el TJUE especifica que en el caso de que la sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro deseara trasladar su domicilio a otro Estado miembro con cambio de Derecho nacional aplicable, ha de admitirse la “transformación” de ésta. Es más, sería contrario a las normas del TFUE relativas a la libertad de establecimiento permitir que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita⁴².

16. En segundo lugar, con estas últimas sentencias del TJUE, no se trata ya del hecho nada desdeñable de aplicar la mencionada técnica del reconocimiento a situaciones jurídicas nacidas en un Estado miembro y que aspiran a pervivir en otro, sino que da un paso más. En efecto, el TJUE reconoce el derecho de establecimiento a una sociedad inexistente ya según el Derecho de acogida, pero que desea reconstituirse al amparo de otro Estado miembro. Con ello, en aras a la continuidad de la personalidad jurídica de una sociedad que desea transformarse a nivel transnacional, crea la ficción de su existencia más allá de los derechos nacionales, así como de disposiciones concretas del Derecho derivado UE en este sentido⁴³. Así las cosas, en el caso *Vale* pese a que la empresa italiana había solicitado su cancelación registral y traslado de domicilio ante las autoridades italianas, sin solicitar de nuevo su inscripción en Budapest hasta casi un año después, no es óbice para su reconstitución; de modo que el Derecho UE suple ese período como si la sociedad hubiese continuado en el tiempo dada su intención de seguir operando en otro Estado miembro⁴⁴. Con ello, se confirma la afirmación de Poillot-Peruzzetto de que estamos ante la mejor expresión de una “ciudadanía europea de sociedades”⁴⁵.

2. El reconocimiento de situaciones europeas: un estatuto personal propio a nivel UE

17. Cuando nos referimos a la libre circulación de personas físicas asistimos a su conformación paulatina como derecho esencial del ciudadano europeo, en el que parecen desdibujarse cada vez más las exigencias del ejercicio de una actividad económica o el desplazamiento intra-UE del beneficiario. En este sentido, la técnica del reconocimiento por parte del TJUE en el marco de cuestiones relativas al estatuto personal ha resultado axiomática. Si bien es cierto, que asistimos desde el asunto *García Avello* (2003) a una serie de sentencias de carácter podemos decir marginal dado su número –aunque con un aumento exponencial en los últimos tiempos–, coincidimos con los autores que preconizan encontramos ante una aplicación inédita del Derecho de la UE⁴⁶.

¿Qué tienen en común estas sentencias? En efecto, estamos ante situaciones con un marcado carácter europeo, en el que el derecho a la libre circulación no se limita a proteger el desplazamiento de un Estado miembro a otro, sino que va más allá al pretender que se garantice un estatus personal único de cada persona con independencia de la aplicación abstracta de las normas nacionales –ya se trate de

⁴² Muchos autores han llamado la atención sobre esta aparente contradicción en el discurso del TJUE entre la solución dada al caso y los apdos. 111 y 112 que abogan por la transformación de una sociedad de un Estado miembro a otra, sin desaparecer. Vid. C. GERNER-BEURLE ET M. SCHILLING, “The Mysteries of Freedom of Establishment After *Cartesio*”, *ICQL*, vol. 59, nº 2, 2010, pp. 303 ss.; M. SZYDLO, “Case C-210/06, *CARTESIO* Okató és Szolgátaó bt, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008”, *CMLR*, nº 46, 2009, pp. 704 ss.; S. POILLOT-PERUZZETTO, “L’arrêt *Cartesio*: de l’analyse sur le fondement du marché intérieur”, *Revue des affaires européennes*, nº 1, 2011, p. 94.

⁴³ Ex. apdos. 49 y 58 asunto *Vale*.

⁴⁴ En palabras del Abogado General, Sr. N. JÄÄSKINEN “Así pues, a efectos de la aplicabilidad de la libertad de establecimiento, no es determinante saber si VALE Costruzioni continuó existiendo después de febrero de 2006 o si VALE Costruzioni dejó de existir en una fase prematura a causa de una posible inscripción irregular efectuada en el Registro Mercantil de Roma. En todo caso, existen unas personas físicas, nacionales de un Estado miembro, que han ejercido la libertad de establecimiento en un Estado miembro y que tienen también la intención de ejercerla en otro. Por tanto la situación está comprendida en el artículo 54 TFUE o en el artículo 49 TFUE”, Conclusiones presentadas el 15 de diciembre de 2011, *Rec.* 2011, p. 84, apdo. 50.

⁴⁵ S. POILLOT-PERUZZETTO, “L’arrêt *Cartesio*...”, *op. cit.*, nota 42, p. 91.

⁴⁶ L. AZOULAI, *op. cit.*, nota 20, p. 404. Hay autores, como J. Y. CARLIER que van más allá, al apuntar que el TJUE mediante su actividad avanza hacia el reconocimiento de un derecho a la libre circulación de la persona en el que se diluye incluso el criterio de la nacionalidad, “Opérateur économique, citoyen, “personne”, *op. cit.*, nota 3, p. 239.

reglas de Derecho internacional privado o leyes de extranjería⁴⁷. Mediante estas sentencias el TJUE va a tener la oportunidad de profundizar en el alcance de la libre circulación de personas en tanto que derecho fundamental del ciudadano de la UE y que necesariamente se sustenta en tres esferas esenciales de la vida de todo individuo: su identidad personal, su lugar de vida y su derecho a la vida familiar.

A) La identidad personal

18. En el marco del respeto a la identidad personal, el reconocimiento del nombre y el apellido es un elemento intrínseco en aras a la identificación psicológica, familiar, y en algunos casos cultural, de una persona. Conocidas son las sentencias en relación con el patronímico –*Konstantinidis, García Avello, Grunkin-Paul, Sayn-Wittgenstein o Runevič-Vardyn y Wardyn*⁴⁸– a las que hay que unir una más reciente en el tiempo sobre un aparente título nobiliario incorporado en el apellido, el asunto *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*⁴⁹. Pese a notables diferencias entre unos casos y otros, todos coinciden en la existencia de una diversidad en cuanto al Derecho aplicable al nombre, que da lugar a una regulación material que no es reconocida por el otro Estado miembro, y que la persona aspira a que le sea admitida y posteriormente transcrita en documentos oficiales. No es nuestro objetivo analizar con detalle estas resoluciones –que han sido objeto de amplio estudio por la doctrina iusprivatista tanto nacional como europea⁵⁰, nos limitaremos, pues, a señalar someramente los principales hitos de la hermenéutica jurisprudencial desarrollada por el TJUE, en tanto que elementos que conforman el estatuto del ciudadano de la UE.

19. En primer lugar, en el marco de la delimitación de competencias, el TJUE reconoce que la cuestión del nombre de las personas físicas –así como la transcripción de éstos en documentos acreditativos del estado civil–, es competencia de los Estados miembros. No obstante, ello no es óbice para no entrar a conocer, sobre la base de que las normas internas –cualquiera que sea su naturaleza– deben respetar el Derecho de la UE, y en especial aquellas que tienen como objetivo las libertades de circulación. En segundo término, el TJUE ha consagrado que la negativa de un Estado miembro a reconocer el nombre y/o el apellido dado a un ciudadano de la Unión en virtud de la legislación interna de otro Estado miembro, puede suponer un obstáculo al ejercicio del derecho de circulación y residencia tal como es instituido por el art. 21 TFUE. De este modo, en la conocida sentencia *García Avello* los jueces del TJUE consideraron contrario a los arts. 12 y 17 TCE (actuales arts. 18 y 20 TFUE) la negativa de las autoridades belgas sobre la base de su Derecho interno al cambio de apellido para dos hijos menores –residentes en Bélgica y con nacionalidad tanto belga como española–, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el doble apellido García Weber, tal como estaban inscritos en el Registro español. Y ello sobre la base que semejante disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado⁵¹. Por último, el TJUE mantiene que la salvaguardia de las libertades de circulación no es de carácter absoluto en su interacción con el Derecho interno; en efecto, el Alto tribunal ampara que los obstáculos a la libre movilidad por parte de las legislaciones nacionales podrían estar justificados si se basan en consideraciones objetivas y son proporcionados al

⁴⁷ L. AZOULAI, *op. cit.*, nota 20, p. 405.

⁴⁸ Asunto C-148/02, *Carlos García Avello contra el Estado Belga*, STCE de 2 de octubre de 2003, *Rec.* 2003, p. 539; Asunto C-353/06, *Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul*, STJUE de 14 de octubre de 2008, *Rec.* 2008, p. 559; Asunto C-208/2009, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contra Landeshauptmann von Wien*, STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Rec.* 2010, p. 806; Asunto C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn y Łukasz Paweł Wardyn contra Vilniaus miesto savivaldybės administracija y otros*, STJUE de 12 de mayo de 2011, *Rec.* 2011, p. 291. *Vid. inter alia*, P. LAGARDE, Nota STJCE As. C-148/02, *Carlos García Avello c. État Belge*, *Revue critique de droit international privé*, 2004, pp. 184-202; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “STJE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien*”, *REDI*, vol. LXII, 2011, pp. 236-339; M. REQUEJO ISIDRO, “Nota a la STJCE Grunkin-Paul, de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06”, *REDI*, nº 2, 2008, pp. 603 ss.

⁴⁹ Asunto C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff contra Standesamt der Stadt Karlsruhe y Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, STJUE de 2 de junio de 2016, *Rec.* 2016, p. 401. *Vid.* Á. LARA AGUADO, *op. cit.* nota 20.

⁵⁰ *Ad exemplum, vid. supra.*

⁵¹ *García Avello*, apdo. 36. A este argumento esgrimido, se unen otros como una aplicación no adecuada del principio de no discriminación, al tratar de manera igual a los que no se encuentran en la misma situación, y una integración no adecuada de los ciudadanos de la UE en la sociedad de acogida. *Grunkin-Paul*, apdo. 23.

fin perseguido por el Derecho nacional⁵². En esta línea argumental, el TJUE en el asunto *Nabiel*, estima que la negativa del gobierno alemán a reconocer el apellido de un nacional de ese Estado que ostenta igualmente la nacionalidad británica, y que en virtud de ésta última ha adquirido apellidos que incorporan los antiguos títulos nobiliarios de *Graf* (conde) y *Freiherr* (barón), no se considera contraria al art. 21 TFUE; siempre que se demuestre que tal denegación está justificada por motivos de orden público, por cuanto que resulta apropiada y necesaria para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro⁵³.

20. Estamos ante supuestos en los que la transnacionalidad afecta a materias del estatuto personal, en particular, al nombre, como se ha referido anteriormente factor esencial de identidad para la persona, al tiempo que en determinados aspectos es para los Estados una manifestación de sus valores o el modo en que debe entenderse la sociedad atendiendo a sus raíces históricas y constitucionales. Con respecto a esta última dimensión recordamos el asunto *Vardyn*, y la negativa de transcribir el nombre con grafía distinta a la eslovena, o los casos *Nabiel* o *Sayn-Wittgenstein*, ante la limitación de incorporar títulos nobiliarios a los apellidos de sus nacionales. En todos estos supuestos, la persona implicada tiene una fuerte vinculación con dos Estados miembros, en particular no de tipo económico, sino fundamentalmente a nivel personal, al poseer las dos nacionalidades (*García Avello*, *Grunkin-Paul*, *Nabiel* o *Sayn-Wittgenstein*), haber nacido en el país de su residencia (*Grunkin-Paul*) o por su origen étnico (*Vardyn*).

Pese a las diferencias entre unos supuestos y otros, el principio de continuidad es la guía común al tener como objetivo último que una situación creada en un Estado miembro al amparo de un Derecho interno, sea reconocida en otro Estado miembro cuya regulación ya sea material o conflictual no la ampara. A mi parecer, la técnica de reconocimiento mutuo empleada tiene la virtualidad no sólo de acoger una decisión extranjera, sino salvaguardar la identidad única de una persona que conforma el estatuto de ésta a nivel UE.

B) El lugar de vida

21. El TJUE ha dado un paso más al reconocer y, por ende, amparar junto al nombre, otros aspectos claves de la existencia de una persona y que conforman ese referido estatuto, me refiero al lugar que se considera su centro social de vida. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE no ha dudado en el asunto *Trojani* en admitir el derecho de un ciudadano francés a recibir una prestación de asistencia social del gobierno belga, aunque no ejerce ningún tipo de actividad económica en Bélgica, ni puede ampararse en disposición alguna del Derecho comunitario en este sentido⁵⁴; y ello sobre la base de ser su lugar de vida Bélgica, tal como han reconocido sus autoridades al otorgarle un permiso de residencia. La protección de ese lugar de residencia ha sido amparado asimismo con posterioridad en el conocido asunto *Ruiz Zambrano*, en el que el TJUE considera contrario al art. 20 TFUE que los menores tuviesen que abandonar el territorio de la UE para acompañar a sus progenitores nacionales de terceros países, en tanto que supondría, de hecho, la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere el estatuto de ciudadanos de la Unión⁵⁵. Esta sentencia del TJUE tiene la capacidad de amparar la situación

⁵² Asunto C-318/05, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, STJUE 11 de septiembre de 2007, *Rec.* 2007, p. 495.

⁵³ Sobre una cuestión similar ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE en el asunto *Sayn Wittgenstein*. *Vid. amplius*. R. CARO GÁNDARA, “Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 de diciembre de 2010)”, *La ley Unión Europea*, nº 3, 2013, pp. 45-58.

⁵⁴ Asunto C-456/02, *Michel Trojani contra CPAS*, STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Rec.* p. 488.

⁵⁵ Recordemos brevemente que el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa –ambos de nacionalidad colombiana– viven desde hace años en Bélgica sin un permiso de residencia estable y son padres de tres hijos menores de edad –dos de ellos de nacionalidad belga–; y cuya pretensión última es el reconocimiento del derecho de residencia para estos menores en virtud del Derecho UE con independencia de que no hayan ejercido previamente su derecho a la libre circulación intra-UE y con carácter derivado a sus progenitores nacionales de terceros países. Asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEm)*, STJUE de 8 de marzo de 2011, *Rec.* 2011, p. 124, en particular apdo. 44. *Vid. inter alia*, P. ABARCA JUNCO Y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comu-

fáctica de una familia que ha hecho del territorio UE el centro de su vida personal y social⁵⁶, y todo ello sobre la base de que la vocación del “estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”⁵⁷.

C) Derecho a la vida familiar

22. En sentencias posteriores, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de si el derecho a una vida en familia forma parte del estatuto fundamental del ciudadano de la UE. Se trata de una cuestión que no está exenta de una profunda problemática, ya que dicho reconocimiento de modo incondicional y con independencia del cumplimiento de elementos inherentes a la libre circulación tales como el carácter transnacional de las situaciones, amplía considerablemente de manera indirecta el alcance del derecho de residencia de los familiares nacionales de terceros países. En efecto, se trata de casos que comúnmente la doctrina ha calificado como de discriminación a la inversa (*discrimination à rebours*)⁵⁸, como consecuencia de la aplicación de las normas de extranjería estatales a los familiares de sus propios nacionales, que en muchos casos cuentan con un carácter más restrictivo que las normas de Derecho UE sobre libre circulación, y que serían de aplicación exclusivamente al nacional de otro Estado miembro en el marco de un traslado intra-UE. Si bien el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones desde el asunto *Morson and Jhanjan* sobre la inclusión de situaciones internas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado sobre libre circulación, han sido sentencias más recientes las que han propiciado nuevos desarrollos en la materia. En concreto, al hilo de varios asuntos planteados al TJUE tras la estela de los casos *Metock* o *Ruiz Zambrano*, el TJUE ha debido dar una respuesta a la argumentación planteada por las partes –y en algunos casos apoyada por el Abogado General– sobre la posibilidad de fundamentar exclusivamente en la ciudadanía UE la aplicación de las disposiciones del Tratado sobre libre circulación (y por ende sus normas sobre reunificación familiar), y ello con independencia de que se trate de un ciudadano *estático*, a saber que no ejerce un traslado intra-UE.

23. Sin duda la cuestión no es baladí, en todos estos supuestos se plantea desde la relevancia dada a la protección de la vida en familia en el marco del Derecho UE, hasta la posibilidad de poner fin a la llamada discriminación a la inversa, que a fin de cuenta es una discriminación en toda regla, para muchos inaceptable en un espacio europeo no sólo de libertad y seguridad, sino también de justicia⁵⁹. De la protección dada a la vida familiar a nivel UE nadie parece dudar atendiendo a los pronunciamientos antes referidos *Metock* y *Ruiz Zambrano*. Si recordamos, el primero de estos asuntos, el TJUE acoge el derecho de residencia en Irlanda de un ciudadano camerunés casado con una ciudadana británica, si bien éstos se han conocido y casado con posterioridad a la circulación intra-UE de la ciudadana UE. Mediante esta resolución, el TJUE si bien admite que la entrada y residencia de nacionales de terceros

nitario (STJUE *Ruiz Zambrano*), nº 23, *REEL*, 2012, p. 1-23; P. JUÁREZ PÉREZ, “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (asunto *Ruiz Zambrano*)”, *CDT*, Vol. 3, nº 2, pp. 249-266.

⁵⁶ Tal como especifica L. AZOULAI (*op. cit.*, nota 20, p. 408), este territorio europeo, ha de entenderse como algo más que un lugar físico, se refiere a un espacio en valores, los valores de libertad, seguridad y justicia, sobre los que reposa igualmente el modo de integración de una persona en una sociedad. Este autor defiende que precisamente es ese “estar integrado” en un espacio convivencial aquello que es derecho de protección por parte del Derecho UE.

⁵⁷ Asunto *Ruiz Zambrano*, apdo. 41, en este mismo sentido los asuntos C-184/99, *Rudy Grzelczyk contra Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Rec.* 2001, p. 458, apdo. 31; C-413/99, *Baumbast y R contra Secretary of State for the Home Department*, de 17 de septiembre de 2002, *Rec.* 2002:493, apdo. 82, y las sentencias, antes citadas, *Garcia Avello*, apdo. 22, *Zhu y Chen*, apdo. 25, y *Rottmann*, apdo. 43

⁵⁸ Sobre la problemática de la discriminación a la inversa, *vid. inter alia*, N. CAMBIEN, “The scope of EU Law in recent ECJ case law: reversing ‘reverse discrimination’ or aggravating inequalities?”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 47, 2012, pp. 127-148; D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario. Problemas de discriminación inversa*, Bosch, Barcelona, 2010; R. E. PAPADOPOULOU, “Situations purament internes: un instrument jurisprudentiel à doublé fonction ou une arme à doublé tranchant?”, *CDE*, vol. 38, nº 12, 2002, pp. 95-130; B. PÉREZ DE LAS HERAS, “La discriminación en sentido inverso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad entre los ciudadanos de un Estado”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº1, 1998, pp. 75-92.

⁵⁹ En este sentido, F. MARTUCCI, “Situations purement internes et libertés de circulation”, en E. DUBOUT ET A. MAIRTROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, nota 3, p. 75; N. CAMBIEN, *op. cit.*, nota 58, p. 147.

países desde el exterior es competencia básicamente de los Estados miembros, recuerda la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado⁶⁰.

24. Ahora bien en sentencias posteriores, tales como *McCarthy*, *Rahman* o *Dereci* el TJUE decide encuadrar y limitar tal derecho a la vida familiar en los casos de situaciones puramente internas, lo que sin duda supone un paso atrás en su conformación como derecho fundamental del ciudadano de la UE. Recordemos que en el caso *Dereci*, el Sr. Murat Dereci es nacional turco que se encuentra de manera ilegal en Austria desde el 2001 y ha contraído matrimonio con una ciudadana austriaca en 2003, con la que tiene tres hijos menores todos ellos y de nacionalidad austriaca. El gobierno austriaco aplicando su ley de extranjería no sólo desestima su permiso de residencia, sino que compele al Sr. Dereci a que necesariamente debe permanecer fuera del territorio austriaco mientras espera una futura resolución sobre su solicitud de permanencia en Austria. Ante tales hechos, junto con las situaciones similares planteadas en el asunto *Dereci y otros*⁶¹, el TJUE considera que dicha denegación no es contraria al Derecho UE al tratarse de situaciones puramente internas, siempre que tal negativa no implique privar a los familiares de ciudadanos de la UE del contenido esencial de los derechos conferidos en su estatuto, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal competente.

25. Sobre la base de esta interpretación, se llega a la disparatada situación de que a diferencia del asunto *Ruiz Zambrano*, en el que ambos progenitores son nacionales colombianos, en el caso *Dereci* el hecho de que uno de los miembros de la familia sea ciudadano de la UE, se convierte en una circunstancia que impide la extensión del permiso de residencia al padre nacional de tercer país⁶². Con ello, el TJUE remite al órgano jurisdiccional nacional la determinación de si en este caso, ya que la madre es ciudadana de la UE podrá o no hacerse cargo ella sola de tres niños menores de edad en la UE; extremo que vendría además protegido mediante la legislación nacional o convencional, no del Derecho UE. Asistimos, sin duda, a una argumentación a lo absurdo que rechina con el tenor del asunto *Metock* en la que se abogaba por la protección de una vida familiar normal del ciudadano UE; en efecto, nos cuestionamos sobre qué grado de *normalidad* tiene una vida familiar que prescindiera de uno de los progenitores, ya sin atender a la compatibilidad con los principios básicos de un espacio europeo de justicia. Se constata, pues, que la naturaleza derivada y dependiente del derecho de residencia de nacionales de terceros países, familiares de ciudadanos de la UE, se refuerza hasta casos *in extremis*, dada la exigencia férrea de que el ciudadano UE esté bajo el ámbito de aplicación del Derecho derivado. Sobre esta cuestión, no podemos dejar de mencionar junto con los clamorosos casos del asunto *Dereci y otros*, el asunto *NA*⁶³, en el que una señora pakistaní, ex cónyuge de un ciudadano alemán que ha sufrido malos tratos por éste, y a cargo de las dos hijas comunes, ciudadanas de la UE –en concreto alemanas–, no puede mantener de modo autónomo su derecho de residencia en Reino Unido, Estado miembro de acogida donde había residido desde que se casó con su exmarido, y ello sobre la base de que el inicio del procedimiento judicial de divorcio es posterior a la partida del cónyuge ciudadano de la UE de dicho Estado miembro⁶⁴.

⁶⁰ Asunto C-127/08, *Blaise Baheten Metock y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform*, STJUE 25 de julio de 2008, *Rec.* 2008, p. 449, apdo. 56. *Vid.* C. COSTELLO, “Metock: Free movement and ‘Normal Family Life’ in the Union”, *CMLR*, n° 46, 2009, 587-622; P. JUÁREZ PÉREZ, “El controvertido derecho de residencia de los nacionales turcos en la Unión Europea: la STJUE de 15 de noviembre 2011 (asunto *Dereci*)”, *CDT*, Vol.4, n° 1, 2012, pp. 256-276.

⁶¹ Se trata de 5 supuestos en que las autoridades austriacas atendiendo a su legislación interna de extranjería niegan el derecho de residencia en Austria a nacionales de terceros países, familiares de ciudadanos austriacos que no han ejercido su derecho a la libre circulación intra-UE. Asunto C-256/11, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Rec.* 2011, p. 734. *Vid.* comentario a la sentencia J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar”, *RDCE*, n° 40, septiembre/diciembre 2011, pp. 871-893.

⁶² Para un análisis comparativo de los referidos asuntos así como de la evolución jurisprudencial en la materia, *vid.* S. PLATON, “Le champ d’application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure”, *RTDE*, 2012, n°1, pp. 23-62.

⁶³ Asunto C-115/15, *Secretary of State for the Home Department contra NA*, STJUE de 30 de junio de 2016, *Rec.* 2016, p. 487.

⁶⁴ Con este parecer el TJUE no atiende a la propuesta del Abogado General Sr. M. WATHELET que con independencia de la

26. Mediante estas últimas resoluciones el TJUE opta por un viraje de carácter restrictivo con respecto a su jurisprudencia anterior. En primer lugar, se consagra el principio clásico del Derecho UE de que las situaciones puramente internas quedan al margen de la normativa sobre libre circulación; lo que automáticamente conlleva que el TJUE no sólo no ha puesto remedio alguno a la discriminación a la inversa, sino que en muchos casos con sus recientes pronunciamientos la ha si cabe acrecentado⁶⁵. De modo que, si bien el asunto *Ruiz Zambrano y Rottmann* parecían acoger que todo nacional de la UE en tanto que ciudadano de la UE podía invocar la reunificación familiar al amparo de las normas UE, la jurisprudencia posterior la ha limitado prácticamente a situaciones excepcionales. Y, en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, se concluye que la esencia de los derechos vinculados al estatuto del ciudadano de la Unión, no incluyen el respeto de la vida familiar recogido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Y ello sobre la base de que las disposiciones de la mencionada Carta, en virtud de su art. 51, apdo 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la UE⁶⁶. En definitiva, la vida familiar en los supuestos sin movimiento transfronterizo se protege de modo limitado y colateral; así pues la normativa UE se extiende de manera excepcional a aquellos casos que dadas sus particulares circunstancias –como los supuestos de menores dependientes de sus progenitores–, privarían al nacional de un Estado miembro del disfrute efectivo de sus derechos conferidos por el estatuto del ciudadano UE al verse obligado a abandonar el territorio UE⁶⁷.

IV. Los obstáculos a la libre circulación en materia de estatuto personal y la técnica del reconocimiento mutuo

27. Las sentencias referidas que evidencian el alcance de la influencia de las libertades de circulación sobre el Derecho nacional de los Estados miembros constituyen asimismo una oportunidad para constatar una evolución en cuanto a la pérdida de relevancia de la cuestión del ámbito de aplicación material de las normas sobre libre movilidad⁶⁸. En los supuestos relativos a la identidad de la persona, resulta clave la noción de obstáculo a la libertad de circulación; en efecto, si bien el estatuto personal es una cuestión ajena al ámbito material del Derecho UE, sí puede afectar al ejercicio de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, y es desde esta perspectiva funcional que el TJUE

necesidad de proteger a nivel UE la situación de mujeres en alta vulnerabilidad, considera que en el supuesto de que el divorcio sea consecuencia de la violencia doméstica, el art. 13, apdo. 2, párr. primero, letra c), de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no exige que el ciudadano de la Unión Europea, cónyuge del nacional de un tercer Estado, resida en el territorio del Estado miembro de acogida en el momento del divorcio, para que el nacional de un tercer Estado pueda conservar un derecho de residencia personal en virtud de esta disposición. Finalmente, el TJUE en este asunto *NA*, y como muestra nuevamente del carácter totalmente dependiente del derecho de los familiares nacionales de terceros países, interpreta que en base al art. 12 del Reglamento (CEE) n° 1612/68, de 15 de octubre de 1968, “un hijo y su progenitor nacional de tercer país que tiene su custodia en exclusiva gozan del derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, en virtud de dicha disposición, en una situación, como la del procedimiento principal, en el que el otro progenitor es ciudadano de la UE y ha trabajado en dicho Estado miembro, pero ha dejado de residir en él antes de que el hijo inicie allí su escolaridad”. *Vid.* C. YEO “CJEU judgment on domestic violence victims: NA C-115/15”, <http://www.freemovement.org.uk>, consultado 22.02.2017.

⁶⁵ N. CAMBIEN, *op. cit.*, nota 58, p. 147.

⁶⁶ *Vid.* Asunto *Dereci y otros*, apdos. 70-73 y Conclusiones del Abogado General Sr. P. MENGOZZI, *Rec.* 2011, p. 626, apdo. 37. De ahí que autores como N. CAMBIEN aboguen que la única solución en casos de discriminación a la inversa sea una reforma legislativa a nivel UE (o constitucional de los Estados miembros) de modo que el TJUE está interpretando de acuerdo al tenor limitado del alcance de las normas sobre libre circulación, *Ibid.*, pp. 143 ss.

⁶⁷ Nos referimos a los últimos pronunciamientos del TJUE en este sentido, Asuntos C-165/14, *A. Rendón Marín contra Administración del Estado*, de 13 de septiembre de 2016, *Rec.* 2016, p. 675 y C-133/2015, *H.C. Chávez-Vilchez y otros contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank y otros*, *Rec.* 2017, p. 354. De especial interés resulta esta última resolución al profundizar el TJUE en el sentido de apreciar si un menor, ciudadano de la UE, se vería obligado a abandonar el territorio UE en su conjunto al denegársele el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro de que se trate de un progenitor que es nacional de tercer país, debiendo de atenderse a las circunstancias del caso concreto (edad del menor, desarrollo físico y emocional, relación afectiva con el progenitor ciudadano UE y con el progenitor nacional de tercer país) ya que tal apreciación debe necesariamente respetar el “interés superior del menor”.

⁶⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* M. FALLON “Liberté communautaires et règles de conflit de lois”, *op. cit.*, nota 8, pp. 38 ss.

entra a conocer⁶⁹. Como declaró el TJUE por primera vez en el asunto *García Avello*, una disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados, constituyendo un obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano UE⁷⁰. Aunque en este epígrafe nos centraremos en la cuestión del estatuto personal, hemos de tener presente que el concepto de obstáculo está presente asimismo frente a las normas de extranjería nacionales, de modo que la aplicación de éstas a los familiares nacionales de terceros países no puede tener como efecto obstaculizar de modo injustificado el ejercicio por parte del ciudadano UE de su de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros⁷¹.

28. Con respecto a la noción de obstáculo o restricción debemos hacer una serie de concreciones. En primer lugar, ha de tratarse de inconvenientes graves que afecten a los interesados en el orden administrativo, profesional como privado. Así en el asunto *Sayn-Wittgenstein* en relación a la diversidad de apellidos el TJUE estimó que debe ser “un riesgo concreto (para una persona) de tener que disipar dudas en cuanto a su identidad y en cuanto a la autenticidad de los documentos que presente”⁷². En segundo término, se constata que cuando evoluciona la naturaleza del propio espacio de libertad, seguridad y justicia, los obstáculos que encontramos no son ya medidas discriminatorias por razón de la nacionalidad, sino medidas –en estos casos normas nacionales–, que se aplican indistintamente y cuya función última está orientada a proteger valores de orden superior. En tercer lugar, el obstáculo a la libre circulación puede ser real o hipotético. En efecto, tal como subrayó el Abogado General Sra. Eleanor Sharpston en el asunto *Grunkin-Paul*, el hecho de que el niño Loenhard Mattias no se haya visto aún obstaculizado o disuadido de viajar entre Dinamarca y Alemania no significa que su derecho a hacerlo no se haya visto restringido⁷³.

En definitiva, como ha afirmado M. Fallon el alcance funcional de la noción de obstáculo nos conduce a considerar que el Derecho privado, –ya sea material o conflictual–, no escapa al Derecho del mercado interior, aún cuando no esté sujeto en sí mismo bajo su competencia⁷⁴.

29. Se constata que mediante esta interpretación funcional cuyo objetivo último es evitar los obstáculos injustificados como consecuencia de una doble regulación en el ámbito civil y/o mercantil de los Estados miembros, el TJUE aboga por el reconocimiento mutuo. Como sabemos esta técnica surgió en materia de libre circulación de mercancías –con la mítica sentencia *Cassis de Dijon*– y se ha extendido asimismo a las otras libertades comunitarias, incluidas las de personas morales y físicas. En efecto, dada la falta de armonización legislativa a nivel conflictual y material de las cuestiones relativas al estatuto personal, la cooperación entre autoridades nacionales junto con el reconocimiento de pleno derecho de situaciones jurídicas creadas conforme a la ley nacional de otro Estado miembro parece en el estado actual del Derecho UE, la mejor solución⁷⁵. Tal como han señalado distintos autores, esta

⁶⁹ En este sentido, la sentencia *García Avello* “Si bien en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros”, apdo. 25. Tal como subraya M. FALLON dada la interpretación funcional del TJUE, la noción obstáculo puede ser cualquier reglamentación de un Estado miembro con independencia de que ésta sea de derecho privado o de derecho público, derecho penal, derecho económico o derecho contractual o derecho de la familia, *ibid.*, pp. 36 ss.

⁷⁰ Asunto *García Avello*, apdo. 36. Véase también en este sentido asunto *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 55.

⁷¹ Conclusiones de los Abogados Generales Sr. Y. BOT, asunto C-83/11, *Secretary of State for the Home Department contra Muhammad Sazzadur Rahman, Fazly Rabby Islam, Mohibullah Rahman*, presentadas el 27 de marzo de 2012, *Rec.* 2012, p. 174, apdo. 69 y Sra. J. KOKOTT, asunto C-434/09, *Shirley McCarthy contra Secretary of State for the Home Department*, presentadas el 25 de noviembre de 2010, *Rec.* 2010, p. 718, apdo. 66.

⁷² Asunto *Überseering*, apdo. 70. En este mismo sentido los asuntos *Runevič-Vardyn*, apdo. 77 y *Nabiel*, apdo. 63.

⁷³ Asunto *Grunkin-Paul*, apdo. 79.

⁷⁴ M. FALLON, “Les conflits de lois et de jurisdictions...”, *op. cit.*, nota 9, p. 44.

⁷⁵ Especifica la Comisión Europea que algunos problemas prácticos existentes en los asuntos transfronterizos en que se encuentran los ciudadanos en el ámbito del estado civil podrían solucionarse asimismo mediante un reconocimiento basado en la armonización de las normas de conflicto de ley. Si bien sería una solución que aportaría seguridad jurídica al ciudadano al ejercer su derecho a la libre circulación, ese corpus de normas comunes de Derecho aplicable, no está exento de dificultades; entre otros, determinar si el punto de conexión elegido sería único o cambiaría según la situación, así como el alcance de la autonomía de la voluntad en la materia. *Vid.* Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre

técnica de reconocimiento mutuo tiene inscrito un *principio de continuidad*⁷⁶ o de *aceptación* más allá de la jurisdicción nacional de la relación jurídica en el espacio común⁷⁷, que asegura *inter alia* una libre circulación del ciudadano en clave de protección de derechos fundamentales de la persona, conllevando los correctivos necesarios a los sistemas conflictuales nacionales.

30. Partiendo de que el principio de reconocimiento mutuo es una pieza crucial en el sector procesal del Derecho internacional privado⁷⁸, cuando la cuestión se refiere al Derecho aplicable, éste tiene una significación y alcance propio. En primer lugar, dicho reconocimiento en este ámbito tiene una naturaleza de *excepción*; en efecto, partimos de la idea de que el objetivo último es que el beneficiario de una libertad de circulación no sea obstaculizado en el Estado miembro de acogida por la aplicación del Derecho interno sin tenerse en cuenta que su situación jurídica está amparada por un Derecho extranjero, el del Estado miembro de origen. Tal como ha puesto de relieve M. Fallon, el modo de intervención de la técnica de reconocimiento mutuo en base al Derecho originario será el de una excepción, excepción a la aplicación de la norma designada por el Derecho del foro⁷⁹.

31. En segundo lugar, el método de reconocimiento dado su carácter de excepción está sujeto a dos condiciones y un límite. *Primo*, ha de tratarse de una situación duradera en el tiempo⁸⁰ y con un vínculo suficiente con el Estado donde ha sido creada, con el fin de evitar el fraude de ley o el abuso del derecho⁸¹. Tal como se constata en las sentencias antes analizadas, la exigencia de esa vinculación se minimiza cuando se trata de sociedades dada la liberalidad del mercado único, mientras que es mucho más firme en el caso de las personas físicas; en efecto, los particulares implicados en la mayoría de los supuestos tienen fuertes vínculos con el Estado miembro de origen y de destino al ser dobles nacionales o ser su país de nacionalidad, por un lado, y de nacimiento y/o residencia, por otro. Por su parte, la prohibición de abuso del derecho o fraude de ley es un motivo que justifica la derogación de la libre circulación⁸² y, por ende, la no aplicación

circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”, 14 de diciembre de 2010, COM (2010) 747 final, en particular pp. 14-16. Sobre el principio de reconocimiento mutuo como base de las exigencias de la UE en la conformación de un sistema de Derecho internacional privado a nivel UE, *vid.* P. LAGARDE, “La reconnaissance, mode d’emploi”, *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Ver de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481 ss.; R. BARATTA, “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, vol. 27, n° 1, *IPRax*, 2007, pp. 4 ss.

⁷⁶ *Idem.*, “Note sull’evoluzione...”, *op. cit.*, nota 7, p. 725.

⁷⁷ R. MICHAELS, “EU Law as Private International Law? Re-Conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested rights Theory”, *Journal of Private International Law*, n° 2, 2006, pp. 213-242. Este autor, sobre la base del resultado principal del método del reconocimiento que es conllevar la aceptación de situaciones válidas que han sido creadas al amparo de otro sistema jurídico, pone de relieve las similitudes de esta técnica con la teoría de los derechos adquiridos.

⁷⁸ Tras la estela del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la aprobación del Tratado de Ámsterdam en 1997 ha desaparecido paulatinamente el exequátur al establecerse correlativamente el reconocimiento mutuo en materia civil y mercantil. *Ad. exemplum*, Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE 351, de 20 de diciembre de 2012); Reglamento 4/2009, Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias (DOUE L 7, 10 de enero de 2009); Reglamento 2201/2003, Reglamento (UE) n° 650/2012 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 17 de julio 2012).

⁷⁹ M. FALLON, “Libertés communautaires et règles de conflit de lois”, *op. cit.*, nota 8, pp. 76-77. Dada su naturaleza de excepción, este autor destaca su analogía con la excepción de orden público: la limitación juega a posteriori, después de que la norma de conflicto del foro ha designado el Derecho aplicable, y ella conduce a la no aplicación de la norma para el operador extranjero, en el caso en el que el Derecho designado se revela como más estricto que el Derecho del país de origen de ese operador. No obstante, también señala una diferencia importante con la excepción de orden público internacional en el sentido en que el reconocimiento mutuo actúa no solo en relación al Derecho extranjero, sino asimismo en relación al Derecho del foro.

⁸⁰ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsA*, vol. 68, n° 2, 2004, pp. 225-243; ID. “La reconnaissance. Mode d’emploi”, *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, *op. cit.* nota 73, pp. 481-501.

⁸¹ M. GARDEÑES SANTIAGO, “Les exigences du marché intérieur dans la construction d’un code européen de droit international privé”, en particulier la place de la confiance et la reconnaissance mutuelle”, M. FALLON, P. LAGARDE ET S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, nota 13, p. 101.

⁸² Sobre esta cuestión, *vid. amplius*, R. N. IONESCU, *L’abus de droit en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2012;

del principio de reconocimiento mutuo. La jurisprudencia del TJUE ha reiterado en multitud de ocasiones que “un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho [de la Unión] de forma abusiva o fraudulenta”⁸³. No obstante, en estos asuntos si bien es un límite, no es sencillo de demostrar: en el caso de las sociedades por la casi sagrada liberalidad del mercado y en el supuesto de las personas físicas dados los vínculos estables con ambos Estados miembros⁸⁴.

Secondo, para hacer valer el principio de reconocimiento mutuo, los obstáculos a la libre circulación deben ser graves y reales. En este sentido, el TJUE consideró siguiendo la tesis del Abogado General en el asunto *Runevič-Vardyn*, que la negativa del gobierno lituano a reconocer el apellido de una nacional con las normas de la grafía polaca, a saber con signos diacríticos, no constituye *per se* un inconveniente para la libre circulación de personas, en cuanto que difícilmente cuestione la identidad de una persona y la autenticidad de sus documentos personales.

Y *Tertio*, este principio de reconocimiento mutuo cuenta con un límite que no es otro que el orden público de los Estados miembros. Ahora bien, no debemos olvidar que dada su naturaleza de excepción su aplicación se somete a los condicionamientos ya clásicos del Derecho UE al poder invocarse sólo en caso de que exista para el Estado miembro una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de su sociedad⁸⁵. En este sentido, el TJUE ha considerado en el mencionado asunto *Runevič-Vardyn* que es legítimo que un Estado miembro alegue como límite al reconocimiento mutuo la protección de la lengua oficial nacional, en aras a salvaguardar la unidad nacional y preservar la cohesión social. Por su parte, en el asunto *Sayn-Wittgenstein* el TJUE también admitió la justificación del orden público invocada por el gobierno austriaco ante su negativa de reconocer un título de nobleza incorporado en el apellido de una nacional austriaca de acuerdo al Derecho alemán; ello sobre la base de una norma constitucional interna que abole los títulos de nobleza y los nombres indicativos de tal condición bajo el principio de igualdad de trato de todos los ciudadanos. Como es jurisprudencia reiterada, el orden público en tanto que límite a una libertad fundamental no basta que se invoque cuando afecte a un interés esencial de la sociedad, sino que además la medida nacional en cuestión solo puede basarse en consideraciones objetivas y debe ser proporcional al objetivo legítimamente protegido⁸⁶.

32. No obstante, y pese a estos límites, el TJUE en su sentencia más reciente —el asunto *Nabiel*— lleva a cabo un enunciado en forma negativa⁸⁷, que desde mi parecer refuerza el papel de los Estados

A. ILIOPOULOU-PENOT “Libertés de circulation et abus de droit”, E. DUBOUT ET A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, nota 3, pp. 185-204.

⁸³ *Vid.* en el ámbito de la libre prestación de servicios, los asuntos C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, STJCE 3 de diciembre de 1974, *Rec.* 1974, p. 131, apdo. 13; C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie contra Commissariaat voor de Media*, STJCE 3 de febrero de 1993, *Rec.* 1993:45, apdo. 12, y C-23/93, *TV10 SA contra Commissariaat voor de Media*, STJCE 5 de octubre de 1994, *Rec.* 1994, p. 362, apdo. 21; en materia de libertad de establecimiento, los asuntos C-115/78, *J. Knoors contra Staatssecretaris van Economische Zaken*, STJCE de 7 de febrero de 1979, *Rec.* 1979, p. 31, apdo. 25 y C-61/89, *Procedimiento Penal contra Marc Gaston Bouchoucha*, TJCE 3 de octubre de 1990, *Rec.* 1990, p. 343, apdo. 14; en materia de libre circulación de mercancías, el asunto C-299/83, *SA Saint-Herblain distribution, Centre distributeur Leclerc y otros contra Syndicat des libraires de Loire - Océan*, TJCE 10 de enero de 1985, *Rec.* 1985, p. 326, apdo. 27; en materia de Seguridad Social, el asunto C-206/94, *Brennet AG contra Vittorio Paletta*, STJCE 2 de mayo de 1996, *Rec.* 1996, p. 182, apdo. 24; en materia de libre circulación de trabajadores, el asunto C-39/86, *Sylvie Lair contra Universität Hannover*, TJCE 21 de junio de 1988, *Rec.* 1988, p. 32, apdo. 43; en materia de Derecho de sociedades, el asunto C-367/96, *Alexandros Kefalas y otros contra Elliniko Dimosio (Estado helénico) y Organismos*, TJCE 12 de mayo de 1998, *Rec.* 1998, p. 22, apdo. 20.

⁸⁴ Así en el asunto *Nabiel*, el gobierno alemán no reconoce el nombre adquirido por el Sr. Nabiel en Reino Unido aludiendo fraude de ley, bajo lo que las autoridades alemanas denominan “turismo del nombre”, alegación que no acoge ni el Abogado General en el caso ni posteriormente el Tribunal, apdos. 84-86.

⁸⁵ *Vid.* asuntos C-54/99 *Association Eglise de scientologie de Paris y Scientology International Reserves Trust contra Premier ministre*, STJCE 14 de marzo de 2000, *Rec.* 2000, p. 124, apdo. 17 y C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automaten-aufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, STJUE 14 octubre 2004, *Rec.* 2004, p. 614, apdo. 30.

⁸⁶ *Vid.* asuntos *Grunkin y Paul*, apdo. 29, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 81 y *Nabiel*, apdo. 48.

⁸⁷ En este sentido, destaca Á. LARA AGUADO, que si bien esta sentencia se sitúa en la misma línea que había mantenido el TJUE hasta ahora, cuando se ha pronunciado sobre un asunto relativo a los nombres y apellidos, la diferencia estriba en que con el asunto *Nabiel*, el TJUE lo ha expresado de forma negativa (*op. cit.*, nota 20, p. 5).

miembros en cuanto a la concreción de su orden público⁸⁸. En concreto, en este supuesto considera que no es obligatorio el reconocimiento del apellido adquirido en otro Estado miembro del que el interesado también es nacional, si se demuestra, que tal denegación está justificada por motivos de orden público, por cuanto resulta apropiada y necesaria para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro. Ahora bien, la constatación de esa esfera de concreción del orden público por cada Estado miembro al tratarse de una excepción a una libertad comunitaria ha de interpretarse siempre en sentido restrictivo⁸⁹ y no puede ser apreciado de modo unilateral⁹⁰. Es más, estamos sin duda, en una cuestión en la que es básico mantener un equilibrio óptimo entre el necesario margen de apreciación que deben tener los Estados miembros –dado que no todos comparten la misma definición de orden público– y el grado de integración UE que se fundamenta en una convergencia de valores y una protección común de los derechos fundamentales⁹¹.

V. Conclusiones

33. La interacción entre el Derecho internacional privado y las libertades de circulación nos permite analizar esta movilidad desde un enfoque distinto que nos acerca a su esencia última y que aporta claridad en cuanto a su alcance en el estado actual del Derecho UE. En este sentido, la reciente jurisprudencia del TJUE sobre cuestiones relativas al estatuto de las personas físicas y morales es clave e imprescindible. En efecto, a través de sus pronunciamientos, no sólo explora todo el potencial de los conceptos incluidos en los Tratados, dotándolos del contenido sustancial requerido, sino que tiene la fuerza de alcanzar a los derechos nacionales aún cuando se ocupan de materias de competencia estatal⁹². No obstante, y sin dejar de menoscabar la labor del Alto Tribunal, se constatan asimismo límites a una actuación que conserva la discriminación a la inversa, y que al no acotarla siquiera de manera precisa mantiene una nada deseable inseguridad jurídica⁹³.

⁸⁸ En efecto, el TJUE en su resolución matiza la propuesta del Abogado General que defendía el reconocimiento en forma positiva, sobre la base de que un obstáculo a la libre circulación sólo puede admitirse cuando se trata de una norma imperativa tan fundamental para el ordenamiento jurídico afectado que no pueda concebir ninguna excepción en el contexto controvertido. Sobre este razonamiento en el asunto *Nabiel*, el Abogado General no deja la valoración de la contrariedad a su orden público a las autoridades nacionales, tal como posteriormente concluye el TJUE, sino que considera directamente que el gobierno alemán debía reconocer el uso de antiguos títulos de *Graf* (conde) y *Freiherr* (barón), a pesar de haber sido abolidos los títulos nobiliarios en el Derecho alemán, al no tratarse de una prohibición estricta al admitir dicho ordenamiento bajo determinadas condiciones su utilización. Sobre esta argumentación *vid. amplius*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. WATHELET, presentadas el 14 de enero de 2016, *Rec.* 2016, p. 11, apdos. 99 y ss.

⁸⁹ *Vid.* asunto *Omega*, apdo. 30. Insiste en esta sentencia que dicha interpretación limitativa está sujeta a los principios de necesidad y de proporcionalidad, en el sentido de que dichas medidas restrictivas sólo pueden estar justificadas si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y sólo si dichos objetivos pueden alcanzarse con medidas menos taxativas.

⁹⁰ C. IZQUIERDO SANS, “Sobre lo que opina el TJ en relación con la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la Unión (Comentario a la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11)”, *La Ley Unión Europea*, nº 4, mayo, 2013, pp. 1-13.

⁹¹ Desde esta perspectiva, no es de extrañar que hay autores que abren el debate sobre la conformación de un orden público a nivel UE, *vid. ad exemplum*, J. DIEZ-HOCHLEITNER, “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPYC, Madrid, 2013, pp. 57-130; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 161-179; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos; ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos *K.B.* y *García Avello*)”, *RDCE*, nº 18, 2004, p. 507-529.

⁹² Esta acción jurisprudencial ha sido descrita en clave poética si bien meridianamente clara por FALLON “*Cette vague a emporté les droits nationaux inexorablement, avec la discrétion, la profondeur et la lente certitude d’une lame de fond*”, “Liberté communautaire et règle de conflit de lois”, *op. cit.*, nota 8, p. 36.

⁹³ Conclusiones de la Abogada General Sra. E. SHARPSTON en el asunto *Ruiz Zambrano*, presentadas el 30 de septiembre de 2003, *Rec.* 2010, p. 560, apdo. 142. La necesidad de abordar y limitar la discriminación a la inversa como freno a la inseguridad jurídica generada por la jurisprudencia hasta la fecha ha sido puesta de relieve por esta Abogada General. En concreto propone que el art. 18 TFUE se interprete en el sentido de que prohíba la discriminación a la inversa causada por la interacción entre el art. 21 TFUE y el Derecho nacional que entraña una infracción de un derecho fundamental protegido en virtud del Derecho comunitario, cuando no existe una protección al menos equivalente con arreglo al Derecho nacional (apdos. 139-150).

De las conclusiones enunciadas a través de sus resoluciones junto con la hermenéutica utilizada por el TJUE podemos esbozar las siguientes reflexiones.

34. En primer lugar, asistimos a un *nuevo objetivo* de la libre circulación de personas. Mediante la interpretación funcional que realiza el TJUE se salvaguarda ya no sólo la unidad del mercado interior sino la unidad de la persona⁹⁴. Así en el escenario del traslado de empresas intra-UE, se crea la ficción de su existencia más allá de las fronteras del Estado miembro y, en consecuencia, del cumplimiento de los requisitos fijados por el Derecho interno en cuanto a su creación y reconocimiento. Cuando nos referimos a la persona física, asistimos a la protección del individuo en su conjunto, entendido como una unidad única que conforma un estatuto jurídico propio a nivel UE. Desde esta perspectiva, el TJUE va más allá de la salvaguardia de los derechos particulares, garantizando la identidad personal en sentido lato, que ha de mantenerse dados los vínculos con la UE a la luz de cada situación particular y ello con independencia del tenor de la normativa material o conflictual de los Estados miembros.

35. Con este nuevo propósito, se constata asimismo la conformación de *un sujeto que trasciende a los ordenamientos jurídicos estatales*. Con ello nos hallamos ante un cambio en la interpretación clásica del Derecho UE más interesado en crear regímenes jurídicos particulares que sujetos de derecho, al hacer depender su existencia de los derechos nacionales. Mediante la técnica del reconocimiento mutuo utilizada por el TJUE con el objetivo de dotar de continuidad a determinadas situaciones interconectadas con distintos Estados miembros, no asistimos exclusivamente a la extensión de los beneficiarios de la libre movilidad, sino a la conformación de un sujeto *europeo*. En el caso de la libre circulación de sociedades mediante una simulación, cuando se trata de los ciudadanos a través del reconocimiento de un estatuto a nivel europeo cuyo disfrute efectivo de sus derechos esenciales se garantiza incluso frente a las medidas nacionales que pudieran obstaculizarlos. Con ello, nos hallamos ante una exégesis jurisprudencial que da los pasos hacia la consolidación de una personalidad jurídica propia con una conexión directa con la Unión Europea. Sin restar mérito a esta evolución, no podemos obviar que ésta se encuentra en un primer estadio o lo que algunos autores han definido en “estado larvario”⁹⁵. En efecto y tal como se constata al profundizar sobre el alcance de la libre movilidad, dicho reconocimiento se limita a determinadas situaciones, que atendiendo a sus especiales circunstancias quedan bajo el amparo del Derecho UE.

36. Mediante su jurisprudencia el TJUE va a permitir que situaciones jurídicas válidamente declaradas o constituidas en un Estado miembro sean reconocidas en el espacio común. A partir de este principio de continuidad, el TJUE profundiza sobre el *alcance de la libre circulación de personas* en tanto que derecho fundamental. En efecto, ya no sólo se garantiza el desplazamiento y una igualdad de tratamiento en el Estado de acogida, sino otras cuestiones esenciales de todo individuo como su identidad personal o su integración en su lugar de vida o trabajo. Con ello, se protegen situaciones concretas bajo el Derecho UE, en el que se diluye la exigencia para el beneficiario principal de requisitos clásicos tales como ejercer una actividad económica o que se produzca en el marco de un desplazamiento intra-UE, al tratarse de los llamados ciudadanos UE estáticos. No obstante, tras sentencias como los casos *Ruiz Zambrano* o *Metock*, el TJUE limita y condiciona el alcance de este estatuto jurídico del ciudadano UE al no incluir *per se* una cuestión básica de toda persona como es su derecho a la vida familiar.

37. En esta evolución jurisprudencial resulta clave la *técnica del reconocimiento*. En efecto, en materias del estatuto personal –que se encuentran en el ámbito competencial de los Estados miembros– es necesario poder garantizar la continuidad de situaciones jurídicas más allá de la jurisdicción nacional, todo ello en aras a garantizar de un modo completo la libre circulación de personas. Como ha insistido R. Baratta este principio de reconocimiento da espesor al espacio de libertad, seguridad y justicia; mediante su acción de continuidad no sólo protegiendo la movilidad en el espacio común, sino

⁹⁴ En este sentido, L. AZOULAI, *op. cit.*, nota 20, pp. 409.

⁹⁵ E. MUSAWIR, *Jurisdiction in Deleuze. The Expression and Representation of Law*, Ed. Routledge, Abingdon 2011, p. 22.

dando una especial protección al ciudadano garantizándole allá donde se desplace una identidad única que comporta los derechos fundamentales inseridos en la relación. Ahora bien, ello sin obviar la propia naturaleza de excepción del reconocimiento mutuo. En efecto, en materia de Derecho aplicable si bien impide la aplicación del Derecho nacional en ámbitos que no son competencia exclusiva de la UE, y por ende la salvaguarda de la libre circulación de personas, dicho reconocimiento mutuo se encuentra sujeto a condiciones y límites. En este sentido, subyace el necesario equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos a nivel UE y el respeto del orden público constitucional de los Estados miembros.

38. Y finalizamos este estudio corroborando la afirmación que hicimos al inicio del mismo: la libre circulación de personas es una prerrogativa en continua evolución. Sobre la base de que la interacción puesta de relieve entre el estatuto personal y la libre circulación es un “medidor” óptimo del alcance del *status civitatis* europeo, hemos de afirmar que en el estadio actual del Derecho UE, la libre movilidad en tanto que derecho fundamental del ciudadano UE está en proceso, no existe aún en tanto que resultado. Sólo así podemos entender las palabras del TJUE que ha señalado en diversas ocasiones que la vocación del estatuto de ciudadano de la UE es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Y ello no debe entenderse como un fracaso (del cambio que se gestó hace ya más de dos décadas con el Tratado UE), sino como el reflejo más fiel de la propia naturaleza de la UE como un *proceso* en transformación desde la consolidación de un mercado interior a la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia⁹⁶.

⁹⁶ Si bien esta afirmación la realiza S. POILLOT-PERUZZETTO en el contexto de la puesta en marcha de un código europeo de Derecho internacional privado, la considero totalmente extrapolable al ámbito de la libre circulación de personas, “La priorité de l’Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice...”, *op. cit.*, nota 13, p. 67.

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL RESIDUAL EN MATERIA CONTRACTUAL EN ESPAÑA

THE SPANISH RULES OF RESIDUAL JURISDICTION IN MATTERS RELATED TO CONTRACT

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Profesora en formación de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 06.06.2017 / Aceptado: 11.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3868>

Resumen: Pese a que su ámbito de aplicación personal se expandió en la última reforma, el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) no se aplica *erga omnes*, a diferencia los Reglamentos 593/2008 (Roma I) y 864/2007 (Roma II). En consecuencia, cuando se plantea un litigio de carácter contractual ante los tribunales de un Estado miembro y el demandado tiene su domicilio fuera de la Unión Europea, los tribunales que conocen del asunto tendrán que aplicar sus normas nacionales para determinar si disponen de competencia judicial internacional. En este trabajo se analizan esas normas de competencia residuales aplicables en España, que han sido modificadas recientemente, y se defiende que las mismas han de interpretarse de forma independiente a sus homólogas europeas.

Palabras clave: Normas de producción interna, competencia judicial internacional, competencia residual, foros, materia contractual, Ley Orgánica del Poder Judicial.

Abstract: Although its personal scope was expanded in its latest reform, Regulation n. 1215/2012 (Brussels I Recast) does not apply *erga omnes*, in contrast with Regulations n. 593/2008 (Rome I) and 864/2007 (Rome II). As a consequence, when an action is brought before the courts of a Member State and the defendant is domiciled outside the European Union, these courts shall apply their domestic rules on international jurisdiction to assert their international jurisdiction. In this paper, the residual jurisdiction rules applicable in Spain are analyzed. The paper justifies its main hypothesis in determining that these rules shall be interpreted independently of European Regulations.

Keywords: Domestic rules, international jurisdiction, residual jurisdiction in civil and commercial matters, matters relating to contract, Spanish Law on the Judiciary.

Sumario: I. Introducción. II. El Reglamento Bruselas I bis como normativa general para determinar la competencia judicial internacional en materia contractual. III. La competencia residual en materia contractual. 1. Normas residuales vs. normas subsidiarias. 2. Comparativa de la normativa de los distintos Estados miembros. A. Convenios internacionales. B. Normas de producción interna. IV. La competencia residual en materia contractual en España. 1. Foros determinados por convenios internacionales. 2. Foro determinado por la LOPJ. V. El nuevo artículo 22. quinquies letra a) LOPJ. A. Calificación de una acción como contractual. B. Determinación de la obligación contractual relevante. C. Determinación del lugar de cumplimiento de la obligación contractual. D. Algunos casos que requieren soluciones específicas. a. Acción directa del consumidor. b. Contratos con condiciones generales de la contratación. c. Grupos de contratos. E. Distinción del foro especial en materia extracontractual. a. Defectos en la información precontractual. b. Vulneración de derechos de propiedad intelectual. c. Vulneración del Derecho de la competencia. VI. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Para determinar qué tribunales serán competentes para conocer de los litigios derivados de un litigio en materia civil y mercantil de carácter contractual es preciso tener en cuenta un dato previo: en el sector de la competencia judicial internacional, la estatalidad del Derecho internacional privado (en adelante, “Dipr.”) sigue siendo una realidad. Si bien existe un instrumento europeo común a todos los Estados miembros que regula la competencia de los tribunales de esos Estados miembros en materia patrimonial, el Reglamento 1215/2012¹, éste no es aplicable en todos los casos, pues tiene un ámbito de aplicación material, personal y temporal limitado. En consecuencia, en un número importante de litigios contractuales, la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros seguirá rigiéndose por las normas nacionales de estos Estados.

2. Esta realidad dual, en la que convive la norma europea con la de cada Estado miembro tiende a la unificación a favor de la norma europea, si se tiene en cuenta la evolución de los instrumentos europeos cuya aplicación se ha ido sucediendo en este campo². En relación a su antecesor el Reglamento Bruselas I³, el Reglamento 1215/2012 ha incorporado dos nuevos casos en que la competencia se examinará exclusivamente en base al Reglamento: la sumisión expresa a los tribunales de un Estado miembro y los contratos de consumo y de trabajo. Estos se suman a los ya existentes, las competencias exclusivas y la sumisión tácita (si bien, como se verá más adelante, no existe unanimidad doctrinal respecto este último)⁴. Además, el texto del Reglamento ha plasmado la intención del legislador europeo de convertirlo en un instrumento *erga omnes* (art. 79 RB-I bis)⁵. Esta tendencia va en consonancia con las previsiones de la doctrina, que apuntan a que en unos veinte años el Dipr. de producción interna habrá sido totalmente sustituido por el Dipr. de fuente europea⁶.

3. Esta clara tendencia hacia la eliminación de las normas nacionales, junto con que la gran mayoría de operadores económicos de terceros Estados, cuando operan en el territorio de la UE, lo hacen a través de una filial establecida en un Estado miembro, ha hecho que se haya dedicado una mayor atención al estudio de las normas de competencia judicial internacional de origen europeo, dejándose de lado las normas nacionales, también conocidas como normas de competencia “residuales”.

4. No obstante, resulta necesario prestar atención a estas normas, que de momento y al menos por varios años seguirán aplicándose en aquellos casos en que el demandado tenga su domicilio fuera de la

¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DOUE L 351*, 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

² De este modo ya se opera en otros ámbitos del Dipr. europeo, como el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, *DOUE L 142*, 5 junio 2015 y el Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE L 7* de 10 enero 2009.

³ Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil, *DOUE L 12*, 16 enero 2001, pp. 1-23.

⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las novedades incorporadas por el Reglamento Bruselas I-bis (1215/2012 de 12 diciembre 2012). Un nuevo elemento para la construcción del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, Página web *Accursio*, 2014, disponible en: http://www.accursio.com/w-ComentariosDIP.html#Bruselas_I_BIS_2012 (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁵ Art. 79 RB-I bis: “A más tardar el 11 de enero de 2011, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación del presente Reglamento. Este informe incluirá una evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado Miembro, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional. Si fuera necesario, el informe irá acompañado de una propuesta de modificación del presente Reglamento”.

⁶ P. LAGARDE, “Développements futurs de Droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-233, p. 226; M. FALLON / T. KRUGER, « The spatial scope of EU’s rules on jurisdiction and enforcement of judgments: from bilateral modus to unilateral universality? », *YBPIL*, vol. 14, 2012-2013, pp. 11-37, esp. p. 18; I. PRETELLI, « Jurisdiction of the European Union and relations with third states » en I. PRETELLI / L. HECKENDORN (eds.), *Possibility and terms for applying Brussels I Regulation (recast) to extra-EU disputes*, Publicaciones del Parlamento Europeo, Bruselas, 2014, p. 38.

Unión Europea, más aún si se tienen en cuenta las dificultades con las que se adoptó la última reforma, que recogió muchos menos avances de los que en principio se pretendían⁷ y que, cinco años después de la misma, aún no se ha registrado ningún movimiento por parte del legislador europeo en favor de esa unificación total. En este trabajo se prestará especial atención a las normas de competencia residual en materia contractual aplicables en España, analizándose en primer lugar su ámbito de aplicación y posteriormente el funcionamiento de las normas propiamente dichas. Estas normas han sido modificadas de forma reciente, en concreto mediante la L.O. 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde 1 de octubre de 2015⁸.

II. El Reglamento Bruselas I bis como normativa general para determinar la competencia judicial internacional en materia contractual

5. El Reglamento 1215/2012 será por lo tanto el instrumento de referencia para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros cuando se les presente un litigio en materia contractual, pues éste se aplica a los litigios internacionales cuyo objeto principal sea una materia civil o mercantil (art. 1.1 RB-I bis).

6. Para determinar qué se entiende por litigio internacional, el TJUE sigue la “tesis del elemento extranjero”, que es la adoptada en este trabajo, según la cual serán litigios internacionales aquéllos que presentan algún “elemento de extranjería” sea cual sea dicho elemento y sea cual sea el país, Estado miembro o no, con el que dicho elemento esté conectado⁹. En consecuencia el Reglamento se aplicará a la resolución de los litigios derivados de una operación patrimonial no sólo cuando las partes se encuentran domiciliadas en Estados distintos (litigios transfronterizos) sino también a todos los demás casos en que esté presente un elemento extranjero.

7. En cuanto a qué ha de entenderse por materia civil o mercantil, también denominada “materia patrimonial”, el Reglamento 1215/2012 no contiene una definición material autónoma de estos términos. La determinación de lo que ha de considerarse “materia civil y mercantil” ha de realizarse a partir de la exclusión expresa de determinadas cuestiones en el art. 1 RB-I bis, párrafos 1 y 2, y de la extensa interpretación que al respecto ha realizado el TJUE. En cualquier caso, como indican U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, hay cuestiones que indudablemente quedan incluidas en ese concepto, como los contratos en su sentido “obvio” de acuerdo mutuo y consentido en que ambas partes tienen que cumplir con obligaciones, la responsabilidad extracontractual, las cuestiones relacionadas con sociedades y los derechos reales¹⁰. Es más, el Reglamento 1215/2012 prevé un foro especial en “materia” contractual (art. 7.1 RB-I

⁷ B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma”, *REEI*, n. 28, 2014, pp. 1-35, p. 10; cfr. F. CADET, “Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *JDI*, 2013, pp. 766-767, p. 775; N. CASTELL / P. LAPASSE, “La révision du Règlement Bruxelles I à la suite de la publication du livre vert de la Commission. Perspectives et opportunités”, *GdP*, 29 mayo 2010, p. 44; A. DICKINSON, “Surveying the proposed Brussels I bis Regulation – solid foundations but renovation needed”, *YBPIL*, 2010, pp. 278-280; H. GAUDEMET-TALLON, “La refonte du Règlement Bruxelles I” en M. DOUCHY-OUODOT / E. GUINCHARD, E. (dirs.), *La justice civile européenne en marche*, Dalloz, París, 2012, p. 24; L. GILLES, “Creation of subsidiary jurisdiction rules in the recast of Brussels I: back to the drawing board?”, *JPIL*, 2012, pp. 502-506; R. LUZZATO, “On the proposed application of jurisdictional criteria of Brussels I Regulation to non-domiciled defendants”, en F. POCAR / I. VIARENGO, I., F.G. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Cedam, Padua, 2012, p. 115; I. PRETELLI, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters”, Parlamento Europeo, PE 453.205, 2011, p. 27; J. WEBER, “Universal jurisdiction and third States in the reform of the Brussels I Regulation”, *RbZ*, 2011, pp. 639-640.

⁸ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 22 julio 2015.

⁹ STJCE 28 marzo 1995, as. C-346/93, *Benson*, RJ 1995, p. I-615; STJCE 1 marzo 2005, as. C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, RJ, 2005, p. I-1445, FJ 26; STJUE 14 noviembre 2013, as. C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. last-minute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, ECLI:EU:C:2013:735, FJ 26 y 28; STJUE 19 julio 2012, as. C-154/11, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491, FJ 39; STJUE 17 noviembre 2011, as. C-327/10, *Hypoteczni banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, RJ 2011, p. I-11543, FJ 29-33.

¹⁰ P. MANKOWSKI, “Article 5” en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 88-294, p. 121.

bis)¹¹. Es cierto que algunos contratos, como los convenios entre acreedores y quebrados, se excluyen del ámbito de aplicación del mismo, pero no ocurre así los demás contratos mercantiles.

8. Cuando se cumplan estas condiciones, los tribunales de los Estados miembros aplicarán el Reglamento 1215/2012 para determinar la competencia judicial internacional, siempre que el caso quede cubierto también por su ámbito de aplicación personal. En caso contrario, serán de aplicación las normas nacionales de cada Estado, como indica el art. 6.1 RB-I bis¹².

9. En cuanto a su ámbito de aplicación personal, el Reglamento 1215/2012 se aplicará en su totalidad por los tribunales de los Estados miembros cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro. Cuando el demandado tenga su domicilio en un tercer Estado, no se aplica el Reglamento en su totalidad, sino solamente aquellos de sus foros respecto de los cuales el propio instrumento indica que determinan la competencia con independencia del domicilio de las partes del litigio. Estos foros, que, como se ha indicado, se han visto ligeramente ampliados desde la promulgación de la versión “recast” del Reglamento Bruselas I y actualmente son los siguientes: sumisión expresa a los tribunales de un Estado miembro, competencias exclusivas y contratos con consumidores y trabajadores¹³.

10. Como consecuencia de lo anterior, las normas nacionales de los Estados miembros quedan para aquellos casos en que, una vez realizada la calificación de la acción basada en los conceptos europeos del Reglamento, es decir, una calificación autónoma, dicha acción no se considera objeto de competencias exclusivas, ni un contrato de consumo o de trabajo, ni existe respecto a la misma un pacto de sumisión expresa a los tribunales de un Estado miembro¹⁴.

¹¹ Sobre la interpretación de los términos “materia civil y mercantil”, “materia contractual” y “materia extracontractual”, pueden consultarse las siguientes obras generales: B. AUDIT / L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2013, pp. 512-519, 519-521; B. BAREL / S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè Editore, Milán, 2013, pp. 234-241, 255-260; O. CACHARD, *Droit International privé*, Larcier, Bruselas, 2013, pp. 51-54; P. DE CESARI, *Diritto Internazionale Privato dell’Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 77-78, 91-96; S. CLAVEL, *Droit international privé*, Hypercours Dalloz, Paris, 2012, p. 207; G. CONNETTI / S. TONOLO / F. VISMARA, *Manuale di Diritto Internazionale Privato*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 26-30; J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 229-237, 247-254; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, p. 110-11, 118-119; B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome II”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788; P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, pp. 121-144, 231-239; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 224-228; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 86-98.

¹² Art. 6.1 RB-I bis: “Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial internacional se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25”.

¹³ B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma”, *REEL*, n. 28, 2014, pp. 1-35, p. 10; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2016, p. 109. *Vid.* Cdo. 14 RB-I bis.

¹⁴ De la calificación en los Reglamentos Bruselas I y 1215/2012 se han ocupado, entre otros, los siguientes autores: F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 110-11, 118-119; H. GAUDEMÉTALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 2010, p. 165-167, 217-220; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit International privé*, Montchrestien, Paris, 2010, p. 224-228; B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, pp. 655-658, 1063-1065; S. CLAVEL, *Hypercours de Droit International privé*, Dalloz, Paris, 2012, p. 207; P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, pp. 121-144, 231-239; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 5.1” y P. BLANCO MORALES LIMONES, “Art. 5.3”, en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 77-101, 120-138; P. DE CESARI, *Diritto Internazionale Privato dell’Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 77-78, 91-96; J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private international law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 229-237, 247-254; B. AUDIT / L. D’AVOUT, *op. cit.*, pp. 512-519, 519-521; B. BAREL / S. ARMELLINI, *Manuale Breve di Diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pp. 234-241, 255-260; G. CONNETTI / S. TONOLO / F. VISMARA, *Manuale di Diritto Internazionale Privato*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 26-30; O. CACHARD, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 51-54; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 86-98.

III. La competencia residual de los Estados miembros en materia contractual

11. En ausencia de pacto atributivo de competencia, y en el caso de que ningún instrumento legal internacional sea aplicable, si el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en materia patrimonial se regulará por las normas nacionales de cada Estado. A este tipo de competencia se le conoce como “competencia residual”, pues entrará en juego únicamente en los supuestos no cubiertos por el Reglamento 1215/2012.

1. Normas residuales vs. normas subsidiarias

12. Las normas nacionales de competencia judicial internacional de los Estados miembros en materia patrimonial son normas residuales, es decir, que se aplican en los casos que no quedan cubiertos por el Reglamento 1215/2012 y no normas subsidiarias, es decir, que se aplican en los casos en que las normas de dicho Reglamento no otorgan competencia al tribunal que conoce del asunto.

13. Este tipo de normas subsidiarias existen en relación a otros Reglamentos, como el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁵. Según señaló el TJUE en el caso *Sundelind López*, un demandado que no está domiciliado en un Estado miembro puede ser requerido ante los tribunales un Estado miembro conforme a sus normas nacionales de competencia judicial internacional, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 RB-II bis y en su cdo. 22¹⁶. Ahora bien, esto solamente será posible si para ese supuesto no existe un tribunal de otro Estado miembro que resulte competente conforme a los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento¹⁷.

14. En contraste con lo anterior, cuando el litigio esté cubierto por el Reglamento 1215/2012 se utilizará sólo este instrumento y no las normas nacionales de cada Estado, para determinar qué tribunales europeos pueden conocer. Así lo indica claramente el art. 5 RB-I bis¹⁸. Pese a ello, muchas de las normas nacionales de los Estados miembros tienen una apariencia de aplicación internacionalmente imperativa, es decir, de prevalencia sobre el Reglamento 1215/2012. Lo anterior ocurre, sobre todo, en aquellos casos en que el Reglamento no proporciona ningún tipo de protección conflictual a una parte del litigio que sí es considerada digna de protección por las normas nacionales (por ejemplo, un contratante considerado débil).

15. En estos casos, el Reglamento 1215/2012 permite que las partes se sometan al tribunal estatal que deseen y en su defecto, que se aplique la norma general del domicilio del demandado o el foro especial por razón de la materia del art. 7 RB-I bis, mientras que la norma de producción interna establece la competencia exclusiva de los tribunales de ese Estado miembro para conocer del asunto. Así ocurre, por ejemplo, con el art. X.39 del *Code de Droit économique* belga (en adelante, “CDE”), relativo a las acciones sobre ruptura unilateral de los contratos de concesión. Esta norma reconoce al concesionario perjudicado por la ruptura unilateral de un contrato que produce sus efectos en Bélgica la facultad de demandar al concedente ante los jueces de su propio domicilio o del domicilio del con-

¹⁵ Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n. 1347/2000, *DOUE* L 338, de 23 diciembre 2003, p. 1.

¹⁶ STJUE 29 noviembre 2007, as. c-68/07, *Sundelind López*, ECLI:EU:C:2007:740.

¹⁷ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG “El divorcio internacional en la Unión europea: problemas de coherencia y coordinación normativa”, *Rev. boliv. de Derecho*, n. 22, 2016, pp. 208-233, p. 217.

¹⁸ Art. 5 RB-I bis: “1. Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo. 2. No podrán invocarse frente a las personas a que se refiere el apartado 2, en particular, las normas nacionales de competencia judicial internacional que los Estados miembros han de comunicar a la Comisión de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1, letra a)”.

cedente (art. X.39 CDE)¹⁹. Lo mismo ocurre con el art. X.33 CDE, según el cual la fase precontractual de los contratos de “*partenariat commercial*”, para los que existe una obligación de *disclosure* previa a la firma del contrato, será competencia exclusiva de los tribunales belgas, siempre que el receptor de la información ejerza su actividad principalmente en Bélgica²⁰. Esta previsión es muy trascendente por el contenido de los derechos que otorga el *Code de Droit Économique* al receptor de la información en esa fase precontractual. En concreto, el incumplimiento de una de las obligaciones de información precontractual establecida puede dar lugar a la nulidad del contrato si la acción de nulidad se insta dentro de los años desde la celebración del mismo (art. X.30 CDE).

16. Estas normas protectoras no pueden ser aplicadas cuando el caso queda bajo el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012. Ello iría en contra del principio de primacía del Derecho europeo²¹. En este sentido se pronunció el TJUE en cuanto al foro del art. X.39 CDE en el caso *Corman-Collins*²². A la cuestión preliminar de si los art. 2 y 5.1 RB-I debían prevalecer sobre el foro belga en un litigio bajo el ámbito de aplicación del Reglamento, el TJUE respondió que la aplicación de tal norma de conflicto estaba descartada²³. Para ello, se basó en que el propósito del Reglamento Bruselas I (lo que puede trasladarse a su nueva versión, 1215/2012) era proporcionar una definición uniforme de competencia judicial internacional para todas las disputas que contuvieran un elemento extranjero que estuvieran relacionadas con su ámbito de aplicación²⁴. Antes de esta decisión ya se habían manifestado en este sentido la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros²⁵.

17. Con esta decisión el TJUE ha confirmado que no existen los “foros de policía”, es decir, que no había ninguna disposición en el Reglamento Bruselas I, ni la hay en el Reglamento 1215/2012, que permita hacer prevalecer una norma nacional de competencia judicial internacional sobre el régimen del Reglamento cuando éste resulta aplicable. Como se verá a continuación, estos preceptos solamente se aplicarán en los casos en que la determinación de la competencia judicial internacional se rija por las normas nacionales de cada Estado miembro.

¹⁹ Art. X.39 CDE: “*Le concessionnaire lésé, lors d’une résiliation d’une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant. Dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge*”.

²⁰ En España se establece un foro similar para los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales (D.A.1ª.8 LCA), pero la mayoría de la doctrina coincide en que se trata de un foro de competencia territorial y no de un foro de competencia judicial internacional; H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, pp. 142-148 en relación al contrato de agencia.

²¹ De acuerdo con este principio, el Derecho europeo es superior al Derecho nacional de los Estados miembros, Este principio se aplica respecto a todos los instrumentos europeos que tengan fuerza vinculante, como son los Reglamentos. En consecuencia, un Estado Miembro no puede aplicar una norma nacional que contradiga una Ley europea. El TJCE consagró este principio en el caso *Costa v. Enel*, STJUE 15 julio 1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, as. 6/64, RJ versión en español 1964-1966, pp. 99 y ss. (http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114548_en.htm).

²² STJUE 19 diciembre 2013, as. c-9/12, *Corman-Collins SA v. La Maison du Whisky SA*, ECLI:EU:C:2013:860.

²³ Conclusiones del A.G. JÄÄSKINEN emitidas el 25 abril 2013, as. c-9/12, *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA*, p. 20.

²⁴ El cdo. 2 RB-I / 4 RB-I bis afirma que estas disposiciones que unifican las normas sobre conflictos de jurisdicción en material civil y mercantil son imprescindibles para el buen funcionamiento del Mercado interior. Esta idea se refuerza en el art. 3.2 RB-I / 5.2 RB-I bis: “No podrán invocarse frente a las personas a que se refiere el apartado 1, en particular, las normas nacionales de competencia judicial que los Estados miembros han de comunicar a la Comisión de conformidad con lo establecido en el art. 76, apartado 1, letra a)” y también en el cdo. 8 RB-I / 10 RB-I bis, cuando se indica que las normas comunes de jurisdicción establecidas en el Reglamento han ser aplicadas y prevalecer, en principio, sobre las normas de jurisdicción vigentes en los distintos Estados miembros.

²⁵ P. WAUTELET, “Le contrat de franchise – aspects internationaux”, *Revue Droit International Privé - Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, vol. 10, n. 2, 2011, pp. 102-139, p. 113, que cita algunos autores y las siguientes decisiones: Sent. Trib. Comm. Termonde 26 octubre 2001, *A.J.T.*, n. 2, 2001, p. 667; Sent. Trib. Comm. Bruxelles 10 diciembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 197; Sent. Trib. Comm. Bruxelles 20 julio 1984, *T.B.H.*, 1985, p. 415; Sent. Trib. Comm. Gand 5 junio 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 151 y Sent. Trib. Comm. Gand 7 marzo 2005, *Tijdschrift*, n.2, 2006, p. 60.

2. Comparativa de la normativa de los distintos Estados miembros

18. Por lo tanto, en ausencia de pacto atributivo de competencia, si el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en materia contractual se regulará por las normas nacionales de cada Estado.

19. Dentro de estas normas nacionales resulta necesario realizar una distinción en función de la fuente de este tipo de normas: en primer lugar, habrá que consultar si existe algún instrumento internacional ratificado por ese Estado que sea aplicable a la cuestión, y en su defecto, se aplicarán las normas de producción interna de ese Estado.

A. Convenios internacionales

20. En cuanto a los convenios internacionales, resulta necesario prestar atención a las normas sobre preferencia aplicativa que dispone el propio Reglamento en relación a competencia judicial internacional (arts. 67-73 RB-I bis). Para aquellas materias no cubiertas por el Reglamento, se podrán aplicar los convenios internacionales que fueron suscritos por los Estados miembros antes de la entrada en vigor de antecesor del Reglamento, el Reglamento Bruselas I, momento a partir del cual la competencia de suscribir este tipo de acuerdos quedó cedida a la Unión Europea (art. 71.2 RB-I bis). A causa de esta cesión, también se podrán aplicar aquellos Convenios suscritos por la Unión Europea con terceros Estados (art. 67 RB-I bis).

21. En cuanto a estos Convenios suscritos por la Unión Europea, se ha de tener en cuenta el Convenio de Lugano (“CLug”), cuya última versión fue concluida en 2007 por la UE, que tiene además su propia norma de compatibilidad (*vid.* art. 73.1 RB-I bis)²⁶. Sus Estados parte son los Estados europeos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio (EFTA), por lo que será aplicado por los tribunales de los Estados miembros cuando el domicilio del demandado se encuentre en Noruega, Suiza o Islandia, siempre que no se trate de un caso en que sea de aplicación de forma *erga omnes* el Reglamento 1215/2012. En cuanto a su régimen de competencia judicial internacional, es muy similar al del Reglamento Bruselas I, de forma que cuenta con un foro alternativo al del domicilio del demandado en materia contractual que sería posible aplicar en aquellos casos en que el demandado se encuentre en un Estado de la EFTA y el litigio se plantea ante los tribunales de un Estado miembro, en ausencia de sumisión a los tribunales de un Estado miembro (art. 5.1 CLug, en los mismos términos que el antiguo art. 5.1 RB-I y el actual art. 7.1 RB-I bis). También cuenta con un foro de sumisión expresa en favor de los tribunales de los Estados parte, de forma que si se planteara en España un litigio derivado de un contrato en que existiera un pacto de sumisión a favor de los tribunales de un Estado de la EFTA, los tribunales españoles deberían declararse incompetentes en aplicación del art. 23 CLug.

22. Además del Convenio de Lugano II, solamente existe otro convenio internacional multilateral en materia civil y mercantil suscrito por la Unión Europea. Se trata de la Convención de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro²⁷. La misma se encuentra en vigor para la Unión Europea, México y Singapur²⁸. Pese a su corta existencia, ya se han efectuado las primeras reservas acerca de su utilidad práctica²⁹. La Convención se limita a *acuerdos exclusivos de elección de foro*

²⁶ Como indica F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 87, el TJUE afirmó que la competencia para celebrar este Convenio corresponde en exclusiva a la UE: Dictamen n. 1/03 del TJUE (Pleno) de 7 febrero 2006 sobre “Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *RJ* 2006, p. I-1145 y ss.

²⁷ Para el texto en inglés y el resumen, <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37en.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁸ *Vid.* http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98 (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 366; C. KESSEDIAN, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l’élection du for”, *JDI*, 2006, pp. 813 y ss, esp. p. 850. Como indican los autores, existen visiones más positivas en los trabajos de B. AUDIT, “Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d’élection de for”, en VV.AA.,

en casos internacionales entre profesionales en asuntos civiles o comerciales (art. 1), con una extensión opcional del capítulo sobre el reconocimiento y la ejecución a las resoluciones dictadas por un tribunal designado en un acuerdo no exclusivo de elección de foro (art. 22). En consecuencia, solamente podrá aplicarse por los tribunales de los Estados miembros cuando se plantee ante los mismos un litigio en que exista un acuerdo de sumisión expresa a favor de los tribunales de México o Singapur.

23. En cuanto a los convenios internacionales suscritos por los Estados miembros, suelen ser convenios bilaterales y su criterio de aplicación es el lugar donde tiene su domicilio el demandado. De esta forma, los tribunales de los Estados miembros los aplicarán en los casos en que el demandado tenga su domicilio en el Estado con el que el Estado miembro ha suscrito el Convenio, siempre que no concurra alguno de los foros del Reglamento 1215/2012 con ámbito de aplicación universal.

B. Normas de producción interna

24. En defecto de convenio internacional, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda aplicará sus normas de producción interna de competencia judicial internacional. Los Estados miembros cuentan con un sistema atributivo de competencia con foros alternativos, compuesto normalmente por un foro general (foro del domicilio del demandado) y varios foros especiales, entre los que suele existir un foro en materia contractual, bien existen algunas excepciones, como el caso de Finlandia, que no cuenta con foros especiales por materias, sino con un foro único para todo demandado no domiciliado en el lugar en que el demandado se encuentre o tenga bienes³⁰. De estos foros, solamente serán aplicables los foros alternativos al domicilio del demandado y no el foro de dicho domicilio, pues en los casos en que el demandado se encuentre domiciliado en el Estado miembro la competencia vendrá establecida por el Reglamento 1215/2012 y no por las normas de producción interna.

25. En el cuadro incluido a continuación se puede encontrar una referencia a la normativa en que se regula esta competencia “residual” respecto del Reglamento en cada Estado miembro. El cuadro también recoge qué artículos de dicha normativa, en su caso, regulan el foro especial en materia contractual.

País	Normas de CJI de producción interna	Foro especial en materia contractual
Alemania	Arts. 12-40 ZPO	Art. 29
Austria	Jurisdiktionsnorm (JN)	Arts. 67 y 88
Bélgica	Code de Droit international privé	Art. 97
Bulgaria	Código de Derecho internacional privado	Art. 15
Chipre	Cyprus Civil Procedure Rules	Art. 6.e
Croacia	Act concerning the resolution of conflicts of laws with the provisions of other countries in certain matters	Art. 55
Dinamarca	Arts. 235-248 Retsplejeloven	Art. 242
Eslovaquia	Ley n. 97/1963 de Derecho internacional privado	Art. 37.a.d
Eslovenia	Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (Ley de Derecho internacional privado)	Art. 56
España	Art. 22 y ss. Ley Orgánica del Poder Judicial	Art. 22 quinquies
Estonia	Código de proceso civil	Art. 79

Mélanges H. Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008, pp. 171 y ss.; L. USUNIER, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for: Beaucoup de bruit pour rien?”, *Rev. Crit. DIP*, 2010, 37.

³⁰ J. IKONEN, “Finland” en A. Nuyts, *Comparative study of « residual jurisdiction » in civil and commercial disputes in the EU*, Comisión europea, p. 2, disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_finland_en.pdf (fecha última consulta: 31/05/2017).

País	Normas de CJI de producción interna	Foro especial en materia contractual
Finlandia	Ley n. 4/1734 (Código de procedimiento judicial)	No existe foro especial en materia contractual
Francia	Arts. 42 y ss. Code de procédure civile	Art. 46.1
Grecia	Kodikas Politikis Dikonomias (Código de proceso civil)	Art. 33
Hungría	Decreto Ley CX/2000 de Derecho internacional privado	Art. 55
Irlanda	Jurisdiction of Courts and Enforcement of Judgments Act 1998	Aplicación de criterios RB-I bis por vía jurisprudencial
Italia	Legge 31 maggio 1995, n. 218	Art. 3.2
Letonia	Ley 14 octubre 1998 de Procedimiento Civil	No existe foro especial en materia contractual
Lituania	Código de Procedimiento Civil 2003	Art. 30.9
Luxemburgo	Nouvelle Code de procédure civile	Art. 28
Malta	Code of Organisation and Civil Procedure	Art. 742
Países Bajos	Arts. 1-14 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Código de Proceso Civil)	Art. 6
Polonia	Kodeks postępowania cywilnego (Código de Proceso Civil)	No existe foro especial en materia contractual
Portugal	Arts. 61 y ss. Código de Proceso Civil	Art. 74.1
Reino Unido	Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982; Civil Procedural Rules (CPR) (Inglaterra y Gales)	Criterios jurisprudenciales resumidos en Rules of the Supreme Court Order 11
R. Checa	Ley n. 97/1963 de Derecho internacional privado y procesal	No existe foro especial en materia contractual
Rumanía	Libro I Código de Proceso Civil	Art. 10
Suecia	Ley 1942:740 (Código de Proceso Judicial)	Art. 4.10

Cuadro 1. Normas de producción interna aplicables a los contratos³¹.

26. Respecto de las diferencias entre estas normas, algunos Estados, como Italia, utilizan un sistema de remisión directa a las normas europeas, de forma que se aplicarán los arts. 4 y 7 RB-I bis a estos casos que quedan fuera de la aplicación del Reglamento³². Las normas del Reglamento se aplican también en otros Estados como Francia, Estonia, Hungría, Luxemburgo, Países Bajos y Eslovaquia, ya sea a través del mismo sistema de remisión directa, ya sea por interpretación jurisprudencial de las normas internas en concordancia con dicho instrumento³³. En todos estos casos, el foro especial en materia contractual contiene la regla especial para los contratos de compraventa y prestación de servicios.

³¹ Para las referencias específicas de cada norma pueden consultarse los informes nacionales de cada Estado miembro realizados para el estudio de la Comisión Europea: “Comparative study of “residual jurisdiction” in civil and commercial disputes in the EU”, 2007, disponibles en: <http://ec.europa.eu/civiljustice/> (fecha última consulta: 31/05/2017).

³² Art. 3.2 de la Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Suppl. ordinario n. 68, alla Gazz. Uff. n. 128, del 3 giugno 1995: “La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi secutivi con la legge 21 giugno 1971, n. 804 (2), e successive modificazioni in vigore per l’Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione. Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”.

³³ A. NUYTS, “Study on Residual Jurisdiction: Review of the Member States’ Rules concerning the residual jurisdiction of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations, General Report”, 2007, 156 p., p. 32.

27. Para estos Estados, los conceptos del Reglamento se han de interpretar de la misma forma que los conceptos europeos, de modo que una acción calificada como materia contractual conforme al Reglamento también debería calificarse como tal en los casos en que estos tribunales apliquen sus normas de producción interna. No obstante, no siempre se sigue este criterio, sino que algunos Estados miembros interpretan los conceptos copiados del Reglamento conforme a sus nociones nacionales. Esto tiene como resultado que la calificación de algunas acciones como materia contractual o extracontractual varíe de la que le concede la norma europea o el TJUE. Este es el caso de Francia, que a nivel interno califica las acciones de “ruptura brutal de las relaciones comerciales” como acciones en materia extracontractual en todo caso, mientras que el TJUE ha indicado que la calificación de las mismas dependerá de la existencia o no de un “vínculo libremente asumido por una parte frente a otra”, esto es, de materia contractual en el sentido europeo (caso *Granarolo*³⁴).

28. Por ejemplo, esta discrepancia podría darse en el caso de una acción presentada ante los tribunales franceses basada en la ruptura brutal de las relaciones comerciales derivadas de un contrato de suministro suscrito entre un fabricante norteamericano y un comprador francés. El comprador francés podrá demandar ante los tribunales franceses (lugar en que se ha producido el daño) en virtud del foro especial para materia extracontractual francés, por considerarse estas acciones como “materia delictual” en el Derecho francés. Esta calificación es distinta de la que sería otorgada a la acción si al caso se aplicara el Reglamento 1215/2012. Bajo este instrumento, al existir un contrato entre las partes del que podría derivar la responsabilidad por la ruptura, la acción se consideraría como materia contractual, de forma que los jueces franceses podrían no ser competentes si la mercancía objeto del contrato no se entrega en Francia, por considerarse estos contratos como contratos de compraventa de mercaderías en el sentido del art. 7.1.b, guión primero RB-I bis.

29. En otros Estados, el régimen vigente también presenta como alternativos el foro general del domicilio del demandado (en algunos casos, sustituido o combinado con la residencia habitual) y los foros especiales, si bien el foro especial en materia contractual se concreta exclusivamente en el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, manteniendo un régimen similar establecido por el Convenio de Bruselas 1968. Así lo hacen Austria, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Lituania, Portugal, Eslovenia, España y Rumanía³⁵.

Por último, existen otros Estados que en relación a este foro especial en materia contractual presentan unas normas más alejadas de las soluciones europeas. Bélgica, Chipre, Grecia, Irlanda y Suecia utilizan exclusiva o cumulativamente el punto de conexión del lugar de celebración del contrato, e Inglaterra y Chipre el lugar de la ruptura del contrato³⁶. Inglaterra e Irlanda también permiten que sus tribunales se declaren competentes en todos los casos en que el contrato esté regido por la *Lex fori*, y Malta establece como punto de conexión que el contrato se haya celebrado en favor de un ciudadano con residencia en dicho Estado, siempre que la sentencia pueda ser posteriormente ejecutada allí³⁷. En todos estos casos, los puntos de conexión utilizados deberían interpretarse de forma independiente a su homólogo europeo. Aplicar las soluciones europeas por vía interpretativa sería actuar en contra de la voluntad de estos legisladores nacionales que, de una forma u otra, han decidido apartarse de dicha solución europea.

IV. La competencia residual en materia contractual en España

30. Para este trabajo se ha escogido desarrollar la normativa nacional de competencia judicial internacional aplicable en España. Además de por la familiaridad de la autora con este ordenamiento,

³⁴ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, cit..

³⁵ A. NUYTS, “Study...”, cit., p. 32.

³⁶ Ver P. WAUTELET, “Les litiges contractuels transfrontaliers – le domaine résiduel du droit international privé: le droit belge”, en M. DEFOSSEZ / J. SENECHAL (eds.), *Enforcing contracts. Aspects procéduraux de l'exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international Les litiges contractuels transfrontaliers*, Larcier, Bruselas, 2008, pp. 133-159, y A. NUYTS, “Study...”, cit., p. 31.

³⁷ A. NUYTS, “Study...”, cit., p. 31.

esta elección se justifica, en primer lugar, porque se trata de un Estado que no reproduce el régimen ya estudiado del Reglamento 1215/2012, de forma que su estudio no consiste en la repetición de las interpretaciones europeas. En segundo lugar, porque su régimen de competencia judicial internacional, inspirado en su base en el Convenio de Bruselas de 1968, es muy similar al de, al menos, otros diez Estados miembros, de forma que las conclusiones extraídas para el mismo pueden servir de punto de partida para el estudio de las normas de esos otros Estados.

1. Foros determinados por convenios internacionales

31. Cuando el demandado frente a quien se ha interpuesto la demanda ante los tribunales españoles tiene su domicilio en un tercer Estado, dichos tribunales tendrán que comprobar en primer lugar si existen Convenios internacionales aplicables al examen de su competencia judicial internacional³⁸.

32. Además de los Convenios suscritos por la Unión Europea ya mencionados, se tendrán que comprobar los convenios suscritos por España. El único Convenio sobre competencia judicial aplicable hoy en día es el suscrito con El Salvador³⁹. Como se ha indicado anteriormente, el mismo no se aplicará en su totalidad, sino solamente en la medida en que lo permita el Reglamento, esto es, cuando el caso no queda cubierto por el ámbito de aplicación personal del Reglamento. En cuanto al régimen que contiene el mismo, además del foro de competencia general del domicilio del demandado, este Convenio establece un foro especial en materia contractual conforme al cual las personas domiciliadas en uno de los Estados partes, podrán ser demandadas ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda (art. 4). Esta formulación sigue, como puede observarse, el modelo del Convenio de Bruselas 1968, por lo que la jurisprudencia desarrollada en relación al mismo podría ser utilizada orientativamente para la interpretación de este artículo (determinación del lugar de cumplimiento en función de la Ley aplicable al contrato, selección de la obligación principal en caso de que sean varias las obligaciones que sirvan de base a la demanda...).

2. Foro determinado por la LOPJ

33. En defecto de convenio internacional, en España la competencia judicial internacional de los tribunales españoles viene regulada por los arts. 22 a 22 nonies de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluidos en la reforma de esta Ley realizada en 2015 (en adelante, “LOPJ”)⁴⁰. Dentro de dichos artículos se ha previsto un foro especial para materia contractual en el art. 22. quinquies, letra a) LOPJ. Este foro será analizado a continuación, pero previamente se ha de descartar la aplicación de otros foros contenidos en la LOPJ, con apariencia de aplicabilidad en los litigios sobre contratos.

34. El primero de ellos es el foro contenido en el art. 22 ter LOPJ, que ancla la competencia para los tribunales del domicilio del demandado. Establece que serán competentes los tribunales españoles cuando el demandado tenga su domicilio en España (párrafo 1), siempre que dicha competencia no haya sido excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero (párrafo 4). Este foro, que teóricamente forma parte de la denominada “competencia residual”, no podrá aplicarse en la práctica en un caso relacionado con un contrato para afirmar la competencia de los tribunales españoles, pues, como se ha indicado anteriormente de modo general, si el domicilio del demandado se encuentra en España, se encuentra en un Estado miembro, de forma que no sería de aplicación el art. 22 ter LOPJ, sino el art. 4 RB-I bis⁴¹.

³⁸ El Reglamento 1215/2012 sustituye a los Convenios bilaterales que estuviesen en vigor entre dos Estados miembros siempre que sus ámbitos de aplicación coincidan (art. 69 RB-I bis), pero no afecta a la aplicación de estos otros convenios con terceros Estados.

³⁹ Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000, BOE núm. 256, 25 octubre 2001, pp. 39.150-39.153.

⁴⁰ Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 2 julio 1985.

⁴¹ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”,

35. Así por ejemplo, si una sociedad domiciliada en California decide demandar a una empresa española por falta de pago de varias partidas de almendra que le ha enviado, podrá hacerlo ante los tribunales españoles, porque son los tribunales del domicilio del demandado, pero no en virtud del art. 22 ter LOPJ sino del art. 4 RB-I bis. El Reglamento 1215/2012 sería plenamente aplicable dado que el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea.

36. El segundo foro con apariencia de aplicabilidad es el contenido en el art. 22.a LOPJ, que recoge las competencias exclusivas de los tribunales españoles, es decir, aquellos casos en que no se admite la sumisión a ningún otro tribunal y en que los tribunales españoles han de conocer con preferencia a cualquier otro tribunal (por ejemplo, en el caso de que se plantee una litispendencia). Según dicho artículo, los tribunales españoles serán competentes para conocer de las pretensiones relativas a arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España, o aunque se hallen en el extranjero, si se trata de un contrato de arrendamiento para uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, en que el arrendatario sea una persona física y tanto él como el arrendador tienen su domicilio en España. Pese a las apariencias, este artículo no podrá aplicarse en ningún caso, pues los foros del Reglamento 1215/2012 en relación a competencias exclusivas tienen un ámbito de aplicación *erga omnes*, que no deja lugar a las normas de competencia residual. El mencionado Reglamento cuenta, en su artículo 24.1, con un foro idéntico. De esta forma, cuando se presente un caso relativo a un arrendamiento de inmueble ante los tribunales españoles, éstos aplicarán el art. 24.1 RB-I bis y no el art. 22.a LOPJ para examinar su competencia.

37. El tercero de estos foros aparentemente aplicables es el foro de la sumisión expresa, contenido en el art. 22.bis, apartados 1 y 2 LOPJ. De la misma forma que en el caso anterior, cuando en un litigio derivado de un contrato exista una sumisión expresa a favor de los tribunales españoles, éstos aplicarán el art. 25 RB-I bis, relativo a la sumisión expresa a favor de los tribunales de un Estado miembro, y no el art. 22.bis LOPJ para examinar su competencia⁴².

38. Cuestión distinta es que el contrato del que deriva el pleito contenga una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, que tampoco sea parte de ningún convenio sobre competencia judicial internacional con España. El Reglamento 1215/2012, al igual que sus predecesores, no se ha manifestado sobre su aplicabilidad a esta cuestión. En otras palabras, no existe en el Reglamento un pronunciamiento expreso sobre si una cláusula de sumisión a un tercer Estado ha de ser examinada conforme al Reglamento o conforme a las normas de producción interna de cada Estado miembro. La posición mayoritaria ha sido la de considerar que los efectos de estas cláusulas se han de determinar conforme al Derecho internacional privado de producción interna de cada Estado, y no conforme al Dopr. europeo, pues el Reglamento únicamente se refiere a la sumisión a los tribunales de Estados miembros⁴³. Sin embargo, después del caso *Owusu*⁴⁴ y, más aún, del caso *Apostolides*⁴⁵, un sector de la doctrina comenzó a considerar que el Reglamento seguía siendo de aplicación a pesar de dicho pacto de sumisión, de forma que, si concurría algún foro de los previstos en dicho Reglamento, estos tribunales debían declararse competentes y entrar a conocer del caso⁴⁶. Pese a ello, la postura mayoritaria de la doctrina y la única

Diario la Ley, n. 8614, de 28 de septiembre de 2015, pp. 1-11, p. 7.

⁴² F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial...”, *cit.*, p. 6.

⁴³ *Vid.* P. SCHLOSSER, “Informe relativo al Convenio de Bruselas de 1968”, 9 octubre 1978, *DOUE* 1979, pp. C-59/72 y ss, párrafo 176.

⁴⁴ STJCE 1 marzo 2005, as. C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, RJ, 2005, p. I-1445. En este caso el TJUE concede la competencia a un tribunal de un Estado Miembro conforme al Reglamento en base al foro del domicilio del demandado, cuando existía una competencia concurrente de un tribunal de un tercer Estado, no por cláusula atributiva de jurisdicción, sino por ser el lugar en que se había producido el daño. La cuestión es si la cuestión se habría resuelto de la misma manera si el tribunal del tercer Estado hubiera sido competente en virtud de una cláusula atributiva de jurisdicción.

⁴⁵ STJUE 28 abril 2009, as. C-420/07, *Meletis Apostolides v David Charles Orams and Linda Elizabeth Orams*, RJ 2009 I-03571. En este caso, el TJUE considera aplicable el Reglamento y reconoce la competencia de los tribunales chipriotas para entrar a conocer del caso independientemente de la existencia de una competencia exclusiva en favor de un tercer Estado (bien inmueble situado en la parte turca de Chipre).

⁴⁶ Y. LOUSSOUARN / P. BOURREL / P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International Privé*, Dalloz, Paris, 2013, p. 773.

mantenida por la jurisprudencia sigue siendo que estas cláusulas se rigen por la normativa interna de cada Estado, que suele respetar su exclusividad⁴⁷. Esta parece la postura más acertada por dos razones. En primer lugar, porque facilita el respeto a los pactos de sumisión y en definitiva el comercio de la Unión Europea con terceros Estados. Si los tribunales europeos no respetaran las cláusulas de sumisión a terceros Estados, la Unión Europea presentaría una desventaja competitiva frente a otros Estados que sí respetan dichos pactos. Por otro lado, porque la aplicación analógica de decisiones del TJUE en relación a los foros exclusivos a otros foros no puede realizarse con ligereza⁴⁸. Por todo lo anterior, cuando el demandado impugne la competencia de los tribunales españoles ante los que se ha interpuesto la demanda alegando la existencia de un acuerdo de sumisión expresa a los tribunales de un tercer Estado, dichos tribunales españoles podrán aplicar para examinar su competencia, y en caso de considerar válido dicho acuerdo, declinarla, el art. 22.ter, apartado 4 LOPJ, según el cual la competencia de los tribunales españoles podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero. En estos casos, la LOPJ, a diferencia del RB-I bis cuando el acuerdo es en favor de un Estado miembro, no obliga a declararse incompetentes a los tribunales españoles, sino a suspender el procedimiento, de forma que podrán retomar el mismo si el tribunal extranjero designado declina su competencia. Esta disposición resulta acertada por la existencia en otros Estados de instituciones jurídicas procesales que permiten declinar la competencia aun cuando existe el pacto de sumisión, como es el caso del *forum non conveniens* propio de la tradición de *common law*.

39. Por último, se ha de hacer referencia al foro de la sumisión tácita, recogido en el art. 22.bis, apartado 3 LOPJ. Como se ha visto en un comienzo, el Reglamento 1215/2012, no incluye en su enumeración del art. 6 el foro el art. 26 relativo a la sumisión tácita, y, al igual que hicieron sus predecesores, el Convenio de Bruselas y el Reglamento Bruselas I, guarda silencio respecto a su ámbito de aplicación en el mismo art. 26⁴⁹. Este silencio, como indica B. CAMPUZANO DÍAZ, ha dado lugar a múltiples interpretaciones por parte de la doctrina española. Por un lado, se ha defendido que debía aplicarse siguiendo los mismos criterios que la sumisión expresa, esto es, que hasta la entrada en vigor del Reglamento 1215/2012, era necesario que demandante o demandado tuvieran su domicilio en la UE. Por otro lado, se señaló que este precepto debía seguir la norma general, al no determinarse en el mismo ninguna particularidad, y por lo tanto ser únicamente aplicado en los casos en que el demandado tuviera su domicilio en la Unión europea, de forma que si el demandado estaba domiciliado en un tercer Estado y se daba una sumisión tácita a los tribunales españoles, ésta tenía que ser evaluada conforme a la LOPJ. Y en tercer lugar, se indicó que, precisamente porque el tenor de la norma no especifica nada en cuanto a su ámbito de aplicación, este precepto se aplicaba en todo caso, independientemente del domicilio del demandado, lo que supondría descartar en materia patrimonial la aplicación de los foros de sumisión tácita de producción interna⁵⁰. Para resolver la cuestión, solamente se puede contar con las indicaciones del TJUE en el caso *Josi*, en el que *obiter dicta* indicó que este foro se aplicaba de forma independiente del domicilio de las partes, en relación al Convenio de Bruselas⁵¹. Junto con lo anterior, se ha razonado que, si desde

⁴⁷ Ver por ejemplo AJMER Barcelona 11 octubre 2006, JUR\2007\38853, FJ 5, 6 y 19, sobre cláusula de sumisión a los tribunales de Turquía en un conocimiento de embarque. En el caso de Reino Unido, esta opción se ha mantenido para que el tribunal no perdiera su “poder moderador” (*forum non conveniens*). Vid. por ejemplo la Sent. High Court of Justice (Queen’s Bench Division, Commercial Court), 10 mayo 2005, Nota de H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP.*, 2005, p. 722 y ss.

⁴⁸ Como ha indicado el TJUE en varias ocasiones: “A la vista del lugar que este precepto ocupa en el sistema de dicho Reglamento y de la finalidad perseguida, las reglas de competencia que establece dicho precepto tienen carácter exclusivo e imperativo que se impone con una fuerza específica tanto para las partes como al juez” (STJUE 12 julio 2012, as. C-616/10, *Solvay SA v. Honeywell Fluorine Products Europe BV y otros*, ECLI:EU:C:2012:445, FJ 44).

⁴⁹ Y. LOUSSARN / P. BOUREL / P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, p. 783; B. CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El régimen comunitario de competencia judicial internacional” en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO ET AL., *Lecciones de derecho procesal civil internacional*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, pp. 51-52. La autora indica que las mismas dudas en cuanto al ámbito de aplicación del art. 26 RB-I bis se han suscitado en otros Estados miembros. Vid. A. NUYTS, *op. cit.*, p. 104.

⁵¹ STJUE 13 julio 2000, as. C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company SA v. Universal General Insurance Company*, RJ 2000, p. I-5940 y ss., FJ 44: “Ciertamente, con arreglo al artículo 18 del Convenio, la comparecencia voluntaria del demandado fundamenta la competencia del tribunal de un Estado contratante ante el que el demandante haya formulado la demanda, sin

el Convenio de Bruselas, el ámbito de aplicación de esta norma uniforme de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil no ha hecho más que crecer, no tendría sentido entender ahora que su última versión, el Reglamento 1215/2012, ha pretendido ser más restrictivo que su antecesor a la hora de determinar el ámbito de aplicación de este precepto⁵².

40. Respecto a la relación entre ambos foros, es decir, cuando existe un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales de un tercer Estado, pero el pleito se presenta ante los tribunales de un Estado miembro, sometiéndose tácitamente el demandado, se ha pronunciado el TJUE en el reciente caso *Taser*⁵³. La cuestión prejudicial se planteó en relación a un contrato de distribución celebrado entre una empresa con domicilio en Estados Unidos y otra empresa con domicilio en Rumanía, con pacto de sumisión a unos tribunales estadounidenses. La empresa estadounidense presenta una demanda de incumplimiento contractual ante los tribunales de Rumanía y el demandado contesta al fondo del asunto. Conforme al TJUE, se ha de aplicar el Reglamento Bruselas I para afirmar la competencia del tribunal ante el que se ha presentado la demanda en estos casos y ello independientemente de que exista un acuerdo atributivo de competencia a un tribunal de un tercer Estado, pues el foro de la sumisión tácita se aplica independientemente de que exista dicho pacto (caso *Taser*, FJ 23 y 24)⁵⁴.

V. El nuevo artículo 22.quinquies LOPJ

1. Foro especial en materia contractual

41. El art. 22.quinquies a) LOPJ contiene un foro en materia contractual similar al art. 7.1.a RB-I bis. Según el mismo, serán competentes los tribunales españoles en materia de obligaciones contractuales cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España⁵⁵.

A. Calificación de una acción como contractual

42. Para poder activar este foro, será preciso en primer lugar calificar la acción ejercitada como “contractual”. Resulta complejo determinar conforme a qué Derecho ha de realizarse tal calificación⁵⁶. De todas las opciones (*lex fori*, *lex causae* o calificación independiente de Dopr. español), la más extendida, y sobre todo la utilizada por la mayoría de los tribunales es la calificación conforme a *lex fori*, es decir, con-

que el domicilio del demandado resulte pertinente a este respecto” y FJ 45: “No obstante, si bien el tribunal ante el que se ha formulado la demanda debe ser un tribunal de un Estado contratante, esta última disposición tampoco exige que el demandante tenga su domicilio en el territorio de un Estado contratante”.

⁵² B. CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, 2014, p. 13; J.P. BÉRAUDO, “Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI*, 2013, pp. 743-744.

⁵³ STJUE 17 marzo 2016, as. C-175/15, *Taser International Inc. v. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*; ECLI:EU:C:2016:176, FJ 21-25.

⁵⁴ FJ 23: “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)”.

FJ 24: “Este razonamiento se aplica tanto a los acuerdos atributivos de competencia a los tribunales de un Estado miembro como a los que 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”.

⁵⁵ Esta nueva redacción, introducida por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 julio, sustituye el sistema anterior, que prevería el tradicional *forum celebrationis* junto al *forum executionis*.

⁵⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 864.

forme a Derecho español⁵⁷. Así, será la Ley interna del foro la que señale si una determinada reclamación ha de considerarse como contractual o no, por ejemplo, las reclamaciones basadas en la terminación sin causa de un contrato de agencia, o en la falta de entrega de un bien inmueble donado previamente, o en la infracción de la obligación de proporcionar información precontractual a un franquiciado. Estas cuestiones pueden recibir, por lo tanto, una calificación distinta de la que se le otorga en el Reglamento 1215/2012⁵⁸.

43. La fuente principal para realizar la distinción entre ambas materias en Derecho español es el Código Civil, que reconoce una diferente naturaleza a la responsabilidad contractual y extracontractual en varios preceptos. De éstos, los principales son los arts. 1089 y 1101 CC, que establecen la diferencia entre las obligaciones nacidas de los contratos y de otros actos y omisiones, y la responsabilidad por contravenir las mismas⁵⁹. En cualquier caso, como indica E. ROCA TRÍAS, la distinción entre ambos tipos de responsabilidad no es sencilla, por lo que se hace preciso recurrir a los criterios que ha establecido el Tribunal Supremo español⁶⁰.

44. A este respecto, el Alto Tribunal se ha pronunciado de forma muy similar a como lo ha hecho posteriormente el TJUE. Así, existirá responsabilidad contractual cuando se cumpla un doble requisito: (i) que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y (ii) que se produzca un daño que resulta de la violación de aquél⁶¹. En sentido contrario, se considerará como responsabilidad extracontractual aquella en que no exista tal contrato entre las partes, o bien aquella que, existiendo tal contrato, no derive de aquél⁶². En aplicación de estas Sentencias, la doctrina ha puesto de manifiesto que la mayor diferencia entre ambos tipos de responsabilidad será su “fuente”: en la responsabilidad contractual, su fuente es el contrato, la voluntad de las partes, mientras que en la extracontractual lo es el hecho ilícito, sin que exista ningún deber previo más allá del “*alterum non laedere*”⁶³.

45. Además, a diferencia del TJUE, el Tribunal Supremo reconoce la existencia de zonas mixtas, es decir, de acciones que pueden ser calificadas tanto de contractuales como de extracontractuales, en aquellos casos en que el incumplimiento deriva del contrato pero se refiere a bienes con una importancia tal que existe también sobre los mismos un deber general de protección establecido por la Ley⁶⁴. Esto

⁵⁷ Así lo ha hecho la jurisprudencia, por ejemplo la SAP La Coruña (Secc. 6) 15 junio 2015, n. 168/2015, sobre un contrato de compraventa entre una empresa española y otra portuguesa al que erróneamente se aplica el art. 22 LOPJ y la SAP Barcelona (Secc. 16) 8 abril 2014, n. 190/2014, contrato de distribución en que la obligación incumplida es el pacto de exclusiva. Esta tesis ha sido defendida también por M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en contratación internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 33; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, p. 29; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 158.

⁵⁸ Como indica H. GAUDEMET-TALLON *Compétence...*, *cit.*, pp. 165-166, un ejemplo sería el daño cometido en los tratos preliminares a un contrato, la *culpa in contrahendo*, que se considera como materia extracontractual en Alemania y como materia contractual en Francia. Ante un litigio franco-alemán sobre dicho daño podría ser resuelto de forma diferente por los tribunales franceses y los alemanes. Sobre este distinto tratamiento de las negociaciones precontractuales la autora cita, entre otros a P. MOUSSERON, “Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle”, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1998, p. 248 y ss.

⁵⁹ Art. 1089 CC: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” y art. 1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

⁶⁰ E. ROCA TRÍAS / M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 46.

⁶¹ Por todas, STS n. 1135/2008, de 22 diciembre 2008, FJ 4: “La responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe”.

⁶² En palabras del TS, STS n. 1135/2008, de 22 diciembre 2008, FJ 4: “Es aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo”.

⁶³ E. ROCA TRÍAS / M. NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, pp. 46-47.

⁶⁴ A esta doctrina la ha llamado el Tribunal Supremo “principio de unidad de culpa civil”, *vid.* STS n. 607/2010, de 7 octubre 2010, FJ 3 y STS n. 202/2008, de 13 marzo 2008, FJ 3.

supone que una acción relativa a estas materias mixtas el demandante podrá demandar en España tanto si se considera que la obligación incumplida debía cumplirse en España como si se considera que el daño ha tenido lugar en España. Así, por ejemplo, la acción ejercitada por un pasajero de autobús frente a la empresa que lo transportaba por haberse lesionado durante el trayecto podría considerarse como una acción “mixta”, respecto de la que los tribunales españoles podrían declararse competentes en aplicación tanto del foro en materia contractual como en materia extracontractual.

B. Determinación de la obligación contractual relevante

46. El foro del art. 22. quinquies, letra a) LOPJ no prevé, a diferencia del Reglamento 1215/2012, una norma especial para los contratos de compraventa y de prestación de servicios que permita en estos casos señalar un único tribunal competente para todos los litigios derivados de un único contrato. El art. 22 quinquies a) únicamente hace referencia al lugar de cumplimiento de la “obligación objeto de la demanda”. En consecuencia, la obligación relevante a efectos de determinar la competencia judicial internacional será la obligación específica objeto de litigio.

47. La doctrina ha subrayado que esta opción del legislador español tiene como resultado que los foros de competencia sean más amplios respecto a empresas europeas que respecto a las domiciliadas en terceros Estados (F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ)⁶⁵. Como ejemplo se utiliza una compraventa entre una empresa vendedora española y una compradora francesa, en que la entrega de mercaderías tenga lugar en España. Conforme a la normativa europea, la española podrá demandar a la francesa en España por falta de pago aunque el pago haya de realizarse en Francia. Pero según el autor, en un mismo caso, si la vendedora fuera una empresa norteamericana y no francesa, no se podría demandar en España, pues habría que tener en cuenta el lugar en que se debe cumplir la obligación de pago⁶⁶. Por ello propone una interpretación para fijar el criterio del lugar de cumplimiento de la obligación objeto de la demanda, el art. 22 quinquies a) LOPJ debe interpretarse a la luz de la definición que hace el art. 7.1 b) del Reglamento europeo.

48. No obstante, esta interpretación acorde a la normativa europea, que ya había sido propuesta de forma previa a la reforma por la doctrina, no parece adecuada⁶⁷. Si bien es cierto que la regulación de la competencia judicial internacional en la LOPJ está inspirada por el modelo de Bruselas, en este punto existe una clara divergencia con el instrumento vigente en la actualidad, el Reglamento 1215/2012. Interpretar el texto español como si el legislador hubiera querido adoptar la totalidad de la regulación europea, es decir, el art. 7.1 RB-I bis con sus tres apartados, cuando no lo ha hecho, sería una interpretación *contra legem*, más aun teniendo en cuenta lo reciente de la reforma del art. 22 LOPJ. Si el legislador español lo hubiera deseado, podría haber copiado exactamente el régimen del actual art. 7.1 RB-I bis, con sus tres apartados, que ya se encontraba vigente en el momento en que se realizó la misma. Sin embargo, el legislador español ha modificado el foro de competencia que hasta la reforma se contenía en el art. 22.3º LOPJ para la materia contractual, eliminando el lugar de celebración del contrato y estableciendo como tal el lugar en que debe cumplirse la obligación “objeto de la demanda”⁶⁸. Más lógico podría ser interpretar este artículo conforme al instrumento “Bruselas” en que se inspiró esta regulación, el Convenio de Bruselas de 1968 y conforme a la jurisprudencia que lo desarrolló, pues la expresión “obligación objeto de la demanda” resulta muy similar a la expresión “obligación que sirve de base a la demanda” utilizada por el antiguo art. 5 CB.

⁶⁵ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia...”, *cit.*, p. 8.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Antes de esta reforma también se había sugerido seguir la tendencia de la evolución europea e “integrar” este foro con su análogo en el Reglamento 1215/2012, lo que implicaría considerar implícita la norma del art. 7.1.b RB-I bis relativa a los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios. Ver A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 864.

⁶⁸ Según la dicción anterior del precepto, eran los tribunales españoles eran competentes “*en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España*”.

49. Por otra parte, en cuanto al argumento de que este foro es más restrictivo que el del Reglamento 1215/2012, no tiene por qué serlo. No concede competencia en menos casos, sino en casos distintos. Así, también existirán casos en que el tribunal español no podría haberse declarado competente para conocer del caso conforme al Reglamento, pero sí podrá hacerlo si se aplica la LOPJ. En el ejemplo del contrato de compraventa entre empresa vendedora española y compradora francesa, si la entrega de las mercancías se realiza en Francia y el pago del precio en España, el tribunal español no podría declararse competente conforme al Reglamento. En cambio sí podría declararse competente si la empresa fuera norteamericana en vez de francesa, pues se tendría en cuenta el lugar en que debe cumplirse la obligación objeto de la demanda, esto es, el pago.

50. En consecuencia, cuando se presente ante un tribunal español una demanda basada en un contrato que, a efectos del Reglamento Bruselas I podría ser calificado como contrato de compraventa de mercaderías o prestación de servicios, dicho tribunal no podrá considerar como obligación contractual relevante a efectos de determinar la competencia judicial internacional la entrega de las mercaderías o la prestación del servicio, sino que tendrá que determinar cuál es la obligación que es objeto del pleito en concreto, para después localizar su lugar de cumplimiento⁶⁹. Esta es la postura que ha seguido hasta ahora la jurisprudencia española en relación los contratos que podían haber sido calificados como “prestaciones de servicios” si se hubiera determinado la competencia conforme al Reglamento 1215/2012⁷⁰.

51. Por ejemplo, un concesionario español que explota un establecimiento en España pretende demandar a su concedente y solicitar la resolución judicial del contrato y una indemnización, por considerar que éste está incumpliendo la obligación de proporcionarle formación durante el desarrollo del negocio. El concedente tiene su sede en Canadá y en el contrato no consta cláusula de sumisión. ¿Puede el concesionario presentar su demanda ante los tribunales españoles? Dado que no existe acuerdo de sumisión y que el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado, para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles será necesario aplicar las normas de competencia judicial internacional de producción interna españolas y en concreto el art. 22 quinquies a) LOPJ. Por lo tanto, serán competentes los tribunales españoles si la obligación objeto de la demanda, es decir, la obligación de prestar formación al concesionario, tendría que haberse cumplido en España. De esta forma, no se ha de tener en cuenta que este contrato, a efectos del Reglamento 1215/2012, se califica como un contrato de prestación de servicios a cargo del concesionario (STJUE caso *Corman Collins*)⁷¹ y que por lo tanto en relación al art. 7.1.b RB-I bis serían competentes los tribunales del Estado en que el concesionario presta sus servicios⁷².

52. En cualquier caso, lo anterior no significa que la aplicación del precepto se encuentre exenta de dificultades. La norma deja sin resolver muchas cuestiones, como qué hacer si la demanda se basa en el incumplimiento de varias obligaciones contractuales. En estos casos, como ya se ha indicado, y ante la ausencia de criterio por el legislador interno, podría ser una solución la aplicación analógica de la fórmula europea utilizada para los casos incluidos en el art. 7.1.a RB-I bis, heredera del Convenio de Bruselas: si existe una obligación principal respecto a las demás, debe ser ésta la tenida en cuenta para precisar el lugar de ejecución (caso *Shenavai*)⁷³. En el caso de que se reclamen obligaciones de

⁶⁹ En el mismo sentido respecto a la versión anterior, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, cit., p.483; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Los contratos de franquicia internacional”, *Revista de Derecho Mercantil*, n. 275, 2010, pp. 249-281, p. 270.

⁷⁰ SAP Madrid 9 junio 2006, relativa a un contrato de mandato: “para determinar, por tanto, la competencia, habrá de estarse a lo que constituya la causa de pedir del actor; es decir, la relación jurídico material controvertida en el pleito, que determinará si la relación negocial en que se sustenta la demanda ha nacido o no en España”; también AAP Barcelona 16 marzo 2005, contrato de transporte, que considera como la obligación a tener en cuenta la que sirve de base al litigio, es decir, la de entrega de las mercancías.

⁷¹ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman Collins*, cit..

⁷² En el mismo sentido en relación a la franquicia, L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 270.

⁷³ STJCE 15 enero 1987, as. 266/85, *Shenavai vs. Kreischer*, *Recopilación*, 1987, pp. 239-258, FJ 14, 16 y 18, sobre la determinación de la obligación relevante a efectos del art. 5.1º CB en relación a un litigio sobre el pago de honorarios de un arquitecto. *Vid.* también la STJCE 26 mayo 1982, as. 133/81, *Ivenel v. Schwab*, *RJ* 1982, pp. 1891 y ss, sobre una demanda basada en varias obligaciones que resultan de un único contrato de representación.

importancia equivalente, la única solución será la comprobación de la competencia del tribunal español respecto a cada una de ellas, lo que puede conducir a una dispersión del contencioso⁷⁴.

C. Determinación del lugar de cumplimiento de la obligación contractual

53. Otra cuestión que precisa aclaración es la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación objeto del pleito, respecto a la que no se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia. Dado que, como se ha indicado, el precepto es de inspiración europea, lo más acertado parece ser determinar ese lugar como lo hacía el Convenio de Bruselas y como lo hace hoy el art. 7.1.a RB-I bis. De esta forma, para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación debe aplicarse la Ley que regula el contrato, que tendrá que ser determinada conforme al Reglamento 593/2008 (Roma I)⁷⁵. En la mayor parte de los Derechos nacionales se permite a los contratantes pactar el lugar de cumplimiento de una obligación. Ese lugar pactado será el tenido en cuenta a efectos del art. 22 quinquies a) LOPJ siempre que el pacto sea válido conforme a la Ley que regula el contrato⁷⁶.

54. Si se toma como ejemplo el caso proporcionado en el apartado anterior, ¿cómo se determina si la obligación de impartir formación al concesionario tenía que cumplirse en España? Para ello se tendrá que recurrir a la Ley aplicable al contrato, que vendría determinada por el Reglamento 593/2008. En defecto de pacto, dicha Ley sería la de la residencia habitual del distribuidor, es decir, la Ley española (art. 4.1.f RR-I). En primer lugar, habrá que consultar el contrato para comprobar si existe algún acuerdo de las partes al respecto, pues la Ley española permite que las partes acuerden el lugar de cumplimiento de una obligación. En caso de que no exista tal acuerdo, en Derecho español el lugar previsto para el pago del deudor es el de su propio domicilio (art. 1171 CC), de forma que no podrían declararse competentes los tribunales españoles, pues se consideraría que la formación debía prestarse en Canadá.

55. Para resolver los casos problemáticos también se ha de tener en cuenta esa inspiración en el precepto europeo y aplicar la jurisprudencia del TJUE en relación al Convenio de Bruselas y al art. 7.1.a RB-I bis⁷⁷. Al respecto, existen dudas sobre si este foro especial determina únicamente la competencia judicial internacional, o también la territorial, como hace su homólogo de Bruselas. En el primer caso, la competencia territorial quedaría sujeta a la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que se tendrían que realizar algunas adaptaciones. Por ejemplo, en los casos en que existen pluralidad de lugares de cumplimiento de la obligación objeto del pleito y todos ellos se encuentren en España, el tribunal territorialmente competente se determinaría conforme a los arts. 50-60 LEC⁷⁸. Por ello, parece más correcto interpretar el art. 22. quinquies, letra a) LOPJ como un foro de competencia territorial⁷⁹. Dejar a la LEC la determinación de la competencia territorial podría dar lugar a desajustes, en los casos en que el art. 22. quinquies letra a) LOPJ atribuya competencia judicial internacional a los tribunales españoles pero, con arreglo a las normas procesales españolas, no exista ningún tribunal territorialmente competente.

56. Por último, en los casos en que resulte imposible determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, por resultar por ejemplo indefinido o extensible a todo el mundo (como una obligación de no competencia sin limitación geográfica) el foro no debería activarse, pues, al igual que ocurría en los

⁷⁴ Así se hacía en Francia. Véase la Sent. Cour Cass. Civ. 1re 3 octobre 2006, *JDI ChUNET*, 2007, Enero-Marzo, n. 2, pp. 132-139, nota V. EGÉA / D. MARTEL, p. 137.

⁷⁵ Reglamento n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177, p. 6 y ss.

⁷⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 864.

⁷⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, cit., p. 481; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 864; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 113.

⁷⁸ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ *op. cit.*, p. 158.

⁷⁹ A favor de que este foro también determina la competencia territorial, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. I, pp. 340 y 349.

casos cubiertos por el Reglamento, se perdería la previsibilidad del tribunal competente y el riesgo de sentencias contradictorias sería muy alto⁸⁰.

D. Algunos casos que requieren soluciones específicas

57. Existen algunos casos relacionados con reclamaciones contractuales en los que la aplicación del foro especial en materia contractual puede presentar ciertas dificultades. A continuación se analizará la posible solución de cada uno de esos casos a la luz de las normas de producción interna españolas.

a. La acción directa del consumidor frente al fabricante

58. Las acciones que un consumidor pueda entablar contra el fabricante de un bien o producto no se consideran como materia de contratos de consumo a efectos del Reglamento 1215/2012, pues no existe relación contractual alguna entre ambos. Estas acciones tampoco se consideran “materia contractual” en general, sino que fueron calificadas por el TJUE como “materia delictual”⁸¹. En resumen, si el fabricante está domiciliado en la Unión Europea el consumidor únicamente puede demandarle ante los tribunales del domicilio de dicho fabricante o bien ante los tribunales del lugar en que se haya producido el hecho dañoso, con la interpretación que de este foro ha realizado el TJUE para el caso de ilícitos a distancia, es decir, para los casos en que el hecho que genera el daño y la manifestación del resultado dañoso se produzcan en lugares distintos (caso *Mines de Potasse*⁸²).

59. Si la acción directa pretende interponerse por dicho consumidor en España, y el fabricante se encuentra domiciliado en un tercer Estado no será de aplicación el Reglamento sino las normas de competencia judicial internacional de producción interna españolas. En este punto, se ha de calificar la acción para ver si, en Derecho español, la misma ha de ser considerada como “materia contractual” o “materia extracontractual”, o incluso “materia de contratos celebrados por consumidores”, pues el art. 22.quinquies letra d) LOPJ cuenta con un foro específico al efecto. Dicho artículo otorga competencia a los tribunales españoles cuando el consumidor tiene su residencia habitual en España. El concepto español de consumidor resulta más amplio que el europeo. En primer lugar, no solamente se considera como consumidor a la persona física, sino que también se puede considerar como tal a la persona jurídica, siempre que actúe sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 3 TRLGDCU)⁸³. En segundo lugar, la jurisprudencia ha calificado en alguna ocasión las acciones directas como generadoras de responsabilidad contractual, aunque no exista en estos casos contrato entre las partes⁸⁴. Si se siguiera esta línea jurisprudencial, la acción directa del consumidor frente a un fabricante residente en un tercer Estado podría ser interpuesta ante los tribunales españoles siempre que el consumidor tenga su residencia habitual en España (art. 22.quinquies d) LOPJ). En el caso de que se consideren estas acciones directas como extracontractuales, el consumidor únicamente podrá demandar en España si se considera que ha sido en territorio español donde ha ocurrido el hecho dañoso (art. 22.quinquies b) LOPJ). Para interpretar qué ha de entenderse por “hecho dañoso” se podría recurrir a la jurisprudencia europea del Convenio de Bruselas, vigente hoy también para el Reglamento 1215/2012 (la mencionada, *Mines de Potasse*), al no haberse modificado la redacción este foro desde dicho Convenio.

⁸⁰ STJCE 19 febrero 2002, *Besix SA v. Wagab y Plafog*, as. c-256/00, RJ 2002, pp. I-01699 y ss..

⁸¹ STJCE 27 octubre 1998, *Réunion européenne SA y otros v. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, as. C-51/97; RJ 1998, pp. I- 6536 y ss..

⁸² STJCE 30 noviembre 1976, as. 21/76, *Bier vs. Mines de Potasse d'Alsace*, RJ 1976, pp.1735-1758.

⁸³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 noviembre 2007, última actualización disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555> (fecha última consulta 20/03/2017).

⁸⁴ SSTS 6 mayo 1998, n. 394/1998 (reclamación al INSS por parte de unos pacientes, calificada como contractual) y 5 mayo 2010, n. 272/2010 (reclamación a fabricante de cigarrillos por un consumidor que sufre una enfermedad producto del tabaco, calificada como extracontractual).

b. Contratos con condiciones generales de la contratación

60. Muchos Estados europeos cuentan con normas sobre condiciones generales de la contratación que se aplican no sólo a los contratos concluidos con consumidores sino a todo tipo de contratos. Muchas de estas normas contienen disposiciones sobre competencia judicial internacional. A diferencia de lo que ocurre cuando se aplica el Reglamento, estas disposiciones son plenamente aplicables en los casos que quedan sujetos a las normas de producción interna de los Estados miembros.

61. Estas disposiciones pueden ser de varios tipos. Puede ser que establezcan normas de competencia especiales para los casos en que se ejerciten acciones destinadas a cuestionar la validez de una condición general. Este es el caso español, que para las acciones de nulidad o no incorporación al contrato de una cláusula contenida en unas condiciones generales de la contratación designa como competentes a los tribunales del domicilio del demandante. Cuando las acciones a ejercitar sean la declarativa, la de cesación o la de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio y, si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, los tribunales del lugar en que se hubiera realizado la adhesión (art. 52.14^a LEC)⁸⁵. Este precepto, si bien está incluido en las normas sobre competencia territorial, parece hacer referencia en su último inciso a los casos internacionales, de forma que sería preciso tenerlo en cuenta.

62. También puede que las normas de los Estados miembros contengan restricciones en cuanto a la incorporación de pactos de sumisión o de elección de Ley en unas condiciones generales de la contratación. En España, esta normativa existe pero únicamente se aplica a los contratos suscritos con consumidores, una normativa con escaso ámbito de aplicación, si se tiene en cuenta que todos los casos relativos a “consumidores” en el sentido europeo (persona física, que actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional) se rigen por el Reglamento 1215/2012, al ser ésta una de las materias cuyo ámbito de aplicación es independiente al domicilio de las partes. En aquellos casos en que el contratante no se considere consumidor a efectos europeos pero sí a efectos de la LOPJ (principalmente cuando el consumidor sea una persona jurídica), se considerará abusiva no sólo toda condición general, sino también toda cláusula contractual que establezca la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo o a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, lugar de cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien adquirido si fuera inmueble, así como la elección de un Derecho extranjero respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el empresario haya dirigido su promoción (art. 90 LGDCU)⁸⁶.

c. Grupos de contratos

63. Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 presentan problemas de aplicación respecto a las operaciones contractuales complejas, esto es, respecto a las operaciones formadas por varios contratos relacionados entre sí, como por ejemplo, una operación de *joint venture*, en que existe un “contrato marco” de *joint venture* y varios “contratos satélite” que dan cumplimiento a dicho contrato marco⁸⁷.

64. Dado que la normativa española no contiene una norma especial de competencia para algunos contratos y que por lo tanto no se ha de calificar el contrato, no se planteará la problemática que surgía en el ámbito del Reglamento 1215/2012 en cuanto a la calificación de las acciones derivadas de este tipo de operaciones contractuales complejas, de si ha de calificarse como un único contrato o como varios a efectos de determinar la competencia judicial internacional. Como el art. 22 quinquies a) LOPJ

⁸⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE n. 7 de 8 enero 2000.

⁸⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 noviembre 2007.

⁸⁷ F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La joint venture en el comercio internacional*, Comares, Granada, 1999, p. 82.

únicamente se fija en la obligación “objeto de la demanda”, habrá que prestar atención a dicha obligación independientemente del contrato en que se encuentre inserta.

65. Se expone a continuación un ejemplo en relación a una operación contractual de franquicia, que también se considera una operación contractual compleja. Un franquiciador con sede en España pretende demandar a su franquiciado con sede en México DF ante los tribunales españoles, para reclamar el pago del último de los pedidos de productos franquiciados que le ha enviado. No existe pacto de sumisión entre las partes. ¿Son competentes los tribunales españoles? En ausencia de pacto, dado que el demandado se encuentra domiciliado en un tercer Estado, se aplicaría el art. 22. quinquies, letra a) LOPJ para determinar si el franquiciador puede demandar en España. El tribunal tendría que determinar si la obligación de pago hubo de cumplirse en España sin necesidad de determinar si dicha obligación pertenece al contrato marco de franquicia o a un contrato de ejecución de suministro.

66. Pese a lo anterior, se pueden presentar algunas dificultades en la aplicación del art. 22. quinquies letra a) LOPJ a los grupos de contratos, tanto en la identificación de la obligación objeto de la demanda como del lugar del pago. La primera de ellas estará relacionada con la presencia de una cláusula de sumisión en uno de esos contratos, el que pueda considerarse como “contrato marco”, en la que no se indique expresamente su aplicación a las demandas surgidas de los contratos de ejecución de dicho contrato marco. Si en ese caso se presenta una demanda frente a un demandado con domicilio en un tercer Estado basada en el incumplimiento de una de las obligaciones derivadas del contrato de ejecución, la interpretación de la extensión de dicha cláusula se ha de realizar conforme a criterios europeos, puesto que el foro de la sumisión expresa está en todo caso regulado por el Reglamento 1215/2012, independientemente del domicilio del demandado. Sólo en el caso de que se considere que la cláusula de sumisión no cubre la reclamación objeto de la demanda, se tendrá que examinar si los tribunales españoles son competentes conforme al art. 22. quinquies, letra a) LOPJ.

67. Así, por ejemplo, si en el caso expuesto más arriba relativo a la franquicia, el contrato de franquicia contiene una cláusula de sumisión a los tribunales españoles, pero no se concreta nada sobre si dichos tribunales serán también competentes para conocer de los asuntos derivados de los suministros entre las partes ¿serán competentes los tribunales españoles? La extensión de la cláusula de sumisión ha de interpretarse conforme a criterios europeos, dado que el foro de la sumisión expresa queda siempre cubierto por el Reglamento 1215/2012. El tribunal español debería estimar que, conforme a las mismas, se ha de seguir el principio “contrato por contrato”, de forma que estos suministros tendrán que considerarse como contratos de ejecución, autónomos del contrato de franquicia a efectos de competencia⁸⁸. En consecuencia, la cláusula de sumisión no se les debería aplicar. En ausencia de pacto, dado que el demandado se encuentra domiciliado en un tercer Estado, se aplicaría el art. 22. quinquies a) LOPJ para determinar si el franquiciador puede demandar en España. Para ello, tendrá que localizar el lugar de cumplimiento de esa obligación de pago consultando la Ley aplicable al contrato. Si esa Ley fuera la española por la existencia de un pacto válido en virtud del art. 3 RR-I, el pago se ha de realizar, salvo pacto entre las partes, en el domicilio del deudor (art. 1171 CC). Dicho domicilio se encuentra en México DF, por lo que los tribunales españoles no tendrían competencia para conocer del caso.

68. Otro problema que puede surgir en estos casos es que no exista una, sino varias obligaciones que sean “objeto de la demanda”, y que cada una de ellas provenga de un contrato distinto del grupo de contratos. ¿Se podrá determinar entonces la “obligación principal” respecto de todas ellas, aunque estén basadas en distintos contratos, o el tribunal español tendrá que afirmar su competencia una por una, de

⁸⁸ Sobre la unidad de determinación de la competencia en el Reglamento 1215/2012 se puede consultar G. CASSONI, “I contratti collegati nel diritto internazionale privato”, *RDIPP*, n. 15, 1979, pp. 23-42, p. 31; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 86-87; F. LECLERC, “Le contrat-cadre en droit international privé”, en VV.AA., *Trav. Com. Fr. DIP*, 2002-2004, Pendone, Paris, 2005, pp. 3-25, p. 6; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000, p. 46; P. WAUTELET, “Le contrat de franchise – aspects internationaux”, *Revue Droit International Privé - Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, vol. 10, n. 2, 2011, pp. 102-139, p. 131.

forma que podría darse el caso de que se pueda declarar competente para conocer de unas y no de otras, lo que llevaría a una dispersión del contencioso? La jurisprudencia europea, de la que proviene la solución de la selección de la “obligación principal”, solamente se refiere a dicha reagrupación si los litigios se basan en distintas obligaciones de un mismo contrato⁸⁹. Si se tiene ello en cuenta, la solución más correcta parece ser la de examinar la competencia de los tribunales para cada obligación controvertida, sin que sea posible la “reagrupación” del contencioso ante los tribunales de la obligación principal.

69. Así, por ejemplo, en un contrato de construcción y puesta en funcionamiento, el constructor con sede en España pretende demandar al comitente con sede en Moscú ante los tribunales españoles, para reclamar el pago de uno de los hitos de la construcción así como el pago de los gastos de vigilancia de la obra, ¿son competentes los tribunales españoles para conocer del caso? Para examinar su competencia, el tribunal español tendrá que examinar si es España el lugar del pago tanto de la suma debida por la construcción como por la vigilancia, de forma que puede que resulte competente respecto de ambas reclamaciones, una de ellas, o ninguna.

E. Distinción del foro especial en materia extracontractual

70. La normativa española contiene un foro similar al del art. 7.2 RB-I bis en el art. 22. quinquies b) LOPJ, que hace competentes a los tribunales españoles cuando “el hecho dañoso se haya producido en territorio español”. Este precepto está inspirado en el art. 7.2 RB-I bis, de forma que la interpretación que el TJUE ha hecho del texto europeo ha de valer también para una correcta lectura de este artículo⁹⁰. La sola diferencia entre la redacción de ambos reside en que la norma española hace únicamente referencia a que el daño “se haya producido” y no a que “vaya a producirse”, lo que parece excluir las acciones preventivas. Sin embargo, una interpretación amplia de este precepto, aconsejada por la doctrina, también supondría la inclusión en el mismo de estas acciones preventivas⁹¹.

71. El único extremo en que ambos cuerpos normativos difieren es la cuestión ya expuesta de la calificación de la acción como materia contractual y extracontractual, que a efectos de la norma española ha de realizarse conforme a *lex fori*, principalmente en atención Código Civil y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Según la misma, como ya se indicó, se considerará como responsabilidad extracontractual toda reclamación en la que no exista tal contrato entre las partes, o bien en la que, existiendo tal contrato, dicha reclamación no derive de aquél. En otras palabras, han de tratarse de daños “ajenos a la naturaleza del negocio”⁹². Como también se indicó, esta delimitación es muy similar a la ofrecida por el TJUE en relación a los conceptos autónomos del Reglamento⁹³.

72. Pese a ello, resulta conveniente estudiar a continuación cómo ha sido aplicada la misma por los tribunales españoles a algunos casos en que la distinción es problemática, pues la calificación que se le haya podido dar a los mismos puede diferir de la otorgada bajo el Reglamento 1215/2012.

a. Defectos en la información precontractual

73. En cuanto a la calificación de las acciones relativas a los defectos en la información precontractual, se hace preciso distinguir entre aquellos casos en que dichos defectos hayan desembocado en la firma del contrato y aquellos otros en que hayan supuesto una ruptura de las negociaciones.

⁸⁹ STJCE 15 enero 1987, *Shenavai*, cit., FJ 19.

⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 1312; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 198.

⁹¹ En relación a la versión anterior del precepto y sobre la necesidad de su interpretación amplia, L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, p. 123.

⁹² En palabras del TS, STS n. 1135/2008, de 22 diciembre 2008, FJ 4: “Es aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo”.

⁹³ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 198.

74. En el primero de los casos, en que mediante las acciones ejercitadas se reclame la nulidad del contrato o una reducción de las obligaciones, en atención a que dicha información proporcionó al mismo unas expectativas sobre las ganancias del contratante afectado que no han sido cumplidas, estas acciones deberían ser calificadas como materia contractual, pues previamente a la demanda “existe” un contrato entre las partes (independientemente de su validez) y el daño producido por los defectos en la información obviamente repercuten en dicho contrato. Se trata de un caso de *culpa in contrahendo*, que emana de un vicio de la voluntad causado culpablemente por una de las partes durante el proceso formativo del contrato, pero cuyos efectos se manifiestan en el propio contrato y que en España se ha calificado por la doctrina como responsabilidad contractual⁹⁴.

75. En cuanto a la calificación de las acciones relativas a la responsabilidad por ruptura de los tratos preliminares, se trata de una de las cuestiones tradicionalmente más debatidas por la doctrina civilista española⁹⁵. La jurisprudencia, en cambio, se ha manifestado firmemente a favor de su calificación como una cuestión extracontractual, subrayando precisamente la falta de contrato, calificación que parece la más conforme a los criterios del Tribunal Supremo antes mencionados y que además proporciona una interpretación uniforme a la del Reglamento de Bruselas⁹⁶.

b. Vulneración de derechos de propiedad intelectual

76. Cuando la vulneración de derechos de propiedad intelectual ha sido realizada en el marco de un contrato entre las partes, las acciones que se puedan ejercitar reclamando el cese de tal vulneración o una indemnización serán materia contractual, pues existe un contrato entre las partes y se trata de daños relativos a la naturaleza de ese contrato, y no “ajenos” a la misma⁹⁷. Se expone a continuación un ejemplo. Un empresario con sede en España, cedente de una marca española para el territorio de Marruecos, desea demandar al cesionario de la misma, domiciliado en Marruecos, porque éste sigue utilizando su nombre y su marca una vez ha finalizado el tiempo de cesión acordado. Esta acción ha de calificarse como una acción contractual y no como una acción extracontractual, pues la misma deriva del contrato entre las partes, que es el que le permitió en un momento utilizar dicha insignia y que se ha de consultar para determinar las condiciones de dicho uso por el cesionario⁹⁸.

77. En cambio, si la vulneración de dichos derechos es realizada por terceros, o bien por el propio cesionario de un contrato en un contexto ajeno a dicho contrato, la cuestión debería ser calificada como materia extracontractual, y el foro por lo tanto determinado por el art. 22 quinquies, letra b LOPJ. Así, por ejemplo, si el cesionario de la marca *Starbucks Coffee* en Murcia comienza a sufrir importantes pérdidas porque un competidor ha comenzado a vender productos y a usar logos y material promocional muy similar al de la marca *Starbucks*, a precios mucho más bajos, la acción que podrá ejercitar el cesionario frente a dicho competidor será calificada como materia extracontractual si se trata de un litigio internacional⁹⁹.

⁹⁴ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 274. Esta es la calificación que en su momento defendió el creador de la teoría de la *culpa in contrahendo*, R. VON JHERING, “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*”, en *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, tomo 4, 1861, basándose en Derecho romano, que otorgaba una *actio ex contractu* a la víctima del daño causado durante la fase preparatoria del contrato.

⁹⁵ M. MEDINA ALCOZ, “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *Revista de Derecho privado*, n. 5-6, 2005, pp. 78-106, p. 86.

⁹⁶ STS 16 mayo 1988, n. 405/1988, FJ 3; STS 16 diciembre 1999, n. 1091/1999, FJ 2.

⁹⁷ STS n. 1135/2008, de 22 diciembre 2008, FJ 4.

⁹⁸ Este caso fue el que motivó la decisión del Privy Council australiano *JH Coles Pty Ltd v Need* (1934), AC 82. Otro ejemplo podría ser aquél en que el franquiciado está utilizando los derechos de autor del franquiciador (protegidos por *copyright*) para otro negocio que no forma parte del acuerdo de franquicia, como ocurrió en *Jeffrey Stone, Lynn Ashwell (trading as “Tyre 20”) v Fleet Mobile Tyres Limited* (2006) EWCA Civ 1209.

⁹⁹ Ejemplo adaptado del expuesto por P. TORREMAN, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 572 en relación a las normas inglesas.

c. *Vulneración del Derecho de la competencia*

78. Cuando media un contrato entre el causante de un daño relativo a Derecho de la competencia y la víctima del mismo, la calificación de la acción por vulneración de ese Derecho puede generar dudas en cuanto a su naturaleza “contractual” o “extracontractual”. Aplicando la misma distinción que en el apartado anterior, si se ejercita una acción por una de las partes de un contrato reclamando daños y perjuicios a la otra parte porque su acuerdo resulta nulo conforme al Derecho de la Competencia aplicable, la acción deberá ser calificada como materia contractual. En este tipo de reclamaciones existe (i) un contrato entre las partes, independientemente de que posteriormente a su suscripción el mismo pueda considerarse nulo y (ii) el daño emerge directamente de dicho contrato, pues es dicho contrato el que vulnera el Derecho de la Competencia.

79. Por el contrario, si la acción ejercitada por una de las partes del contrato frente a la otra está relacionada con los actos vulneradores de la competencia de esa otra parte en connivencia con terceros, la acción ha de ser calificada como materia extracontractual, pues, a pesar de existir un contrato entre las partes, los daños han sido generados por actos ajenos a la naturaleza del negocio, independientemente de que le repercuta.

VI. Consideraciones finales

80. De todo lo expuesto puede concluirse que el Derecho internacional privado aplicable en la Unión Europea en materia de contratos dista mucho todavía de ser completamente uniforme. Si bien muchos Estados han intentado suplir la inactividad del legislador europeo en este campo mediante la adopción del régimen europeo para los casos en que la competencia judicial internacional se ha de determinar por sus normas nacionales, otros Estados insisten en mantener sus diferencias con la regulación europea.

81. Este es el caso de España. La LOPJ, a pesar de su reciente reforma, ha conservado el método “analítico-distributivo”, de forma que resulta necesario consultar la Ley aplicable al contrato de forma previa al examen de la competencia judicial internacional. Lo anterior complica sobremanera la determinación de la competencia judicial internacional en los litigios derivados de contratos, un sector en que la seguridad jurídica y la previsibilidad de las normas de Derecho internacional privado resulta esencial para el fomento del mercado interior.

82. Ante esto, sería recomendable una nueva reforma, que mediante la técnica “*in ogni caso*” (“en todos los casos”) utilizada en Italia, remediara la excesiva complejidad del art. 22 LOPJ e hiciera extensible a todos los casos en materia patrimonial la regulación del instrumento europeo que se encuentra vigente en cada momento. Esta reforma convendría no sólo por motivos de claridad legislativa, sino porque, en realidad, los foros de competencia del Reglamento 1215/2012 fomentan en mayor medida la buena administración de la Justicia y son más eficientes para las partes, al proporcionarles una mayor seguridad jurídica y previsibilidad a la hora de determinar los tribunales competentes.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PORTEADOR EN LA LEGISLACIÓN MARÍTIMA DE ÉMIRATOS ÁRABES UNIDOS

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE MARITIME CARRIER LIABILITY UNDER THE UNITED ARAB EMIRATES MARITIME LAW

SILVIA PILAR BADIOLA COCA
Abogada, Doctora en Derecho

Recibido: 13.07.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3869>

Resumen: En los últimos años Emiratos Árabes Unidos se ha consolidado como centro marítimo global, siendo Dubai una de las ciudades portuarias más importantes del mundo. La posición estratégica de Emiratos entre Europa, Asia y África, junto con sus capacidades de logística y comerciales hacen que medida que el comercio se globaliza, las empresas transnacionales continúen creciendo, y las conexiones marítimas, terrestres y aéreas proliferen. Por ese motivo, debido al auge y crecimiento imparable del transporte marítimo de mercancías la presente investigación tiene como finalidad realizar un breve análisis sobre el régimen de responsabilidad del porteador marítimo vigente bajo la regulación marítima vigente en los Emiratos Árabes Unidos.

Palabras clave: responsabilidad, porteador marítimo, Emiratos Árabes Unidos, causas de exoneración, limitación.

Abstract: During the last years, United Arab Emirates has been consolidated as maritime global center, being Dubai one of the most important port cities of the world. The strategic position of Emirates between Europe, Asia and Africa, together with his capacities of logistics and commercial make the globalization of trade, transnational corporations continue to grow, maritime, land and air connections proliferate. Therefore, due to the summit and unstoppable growth of the maritime carriage of goods this paper has as purpose to present a brief analysis on the regime of liability of the maritime carrier under the Federal Maritime Law in force in the United Arab Emirates.

Keywords: liability, maritime carrier, United Arab Emirates, excepted perils, limitation.

Sumario: I. Introducción. 1. Contextualización. 2. El sistema legal de Emiratos Árabes Unidos. II. El Régimen de responsabilidad del porteador. 1. Introducción. La Ley Federal Marítima No. 26 de 1981 sobre el Derecho Mercantil Marítimo. 2. La responsabilidad del porteador marítimo. 3. Delimitación temporal. 4. Causas de exoneración. 5. Carga de la prueba. 6. Protestas y plazos de ejercicio de la acción. 7. Limitación de la responsabilidad. 8. Transportes especiales. III. Nuevos horizontes. 1. El borrador de la nueva regulación marítima. 2. Postura de los Emiratos Árabes Unidos frente a la regulación Convencional en materia de Transporte Marítimo Internacional de Mercancías. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Contextualización

1. Los Emiratos Árabes Unidos (en adelante, EAU) denominados en el pasado los “Estados de la Tregua” u “Omán de la Tregua”, es un Estado Federal constitucional situado al sudeste de la península arábiga en el Golfo Pérsico (Oriente Medio). Se trata de uno de los países relativamente más grandes en el Golfo con una superficie de más de 83.600 kilómetros cuadrados y con una población estimada de 9.267.000 personas.

2. Dicho territorio estuvo hasta la Primera Guerra Mundial bajo mandato del Imperio Otomano, pasando a ser con posterioridad protectorado británico hasta diciembre de 1971. Concretamente, el 2 de diciembre de 1971, los Jeques de Abu Dhabi, Ajman, Dubai, Fujairah, Sharjah y Umm al-Quwain formaron los Emiratos Árabes Unidos suscribiendo la Constitución de 1971, a la que se sumó dos meses después Ras Al Khaimah. En la Constitución respaldada por los Jeques de cada Emirato se acordó que el Consejo Supremo Federal o también denominado Consejo Supremo de la Unión¹, compuesto por los dirigentes (Emires) de cada uno de los siete emiratos² anteriormente citados fuese el máximo órgano político-legislativo del Estado. Entre otras muchas funciones cabe destacar que el Consejo Supremo elige al Presidente y Vicepresidente de EAU por un mandato de cinco años gregorianos renovables; aprueba el nombramiento del Primer Ministro, a propuesta del Presidente de Emiratos Árabes Unidos; y ratifica las Leyes y Decretos federales. La Constitución también prevé el establecimiento de una Asamblea Nacional³ cuyos miembros sean nombrados por los Emires de cada Emirato.

3. Las Leyes Federales son propuestas por el Consejo de Ministros⁴ a la Asamblea Nacional antes de que sean a su vez presentadas al Presidente de la Unión para que sean ratificadas finalmente por el Consejo Supremo Federal⁵. Si bien la legislación de ciertas materias sustantivas (Legislación Civil, Criminal, Mercantil, Laboral y Regulación Bancaria, entre otros) se reserva al Gobierno Federal, que en los últimos años ha adoptado medidas importantes para regular los asuntos corporativos y comerciales, las autoridades locales de los diferentes Emiratos están autorizadas para dictar decretos que regulan los asuntos locales. De ese modo queda patente la considerable autonomía política, judicial y económica de los mismos, sin perjuicio de que ciertas competencias sean asumidas por la Federación.

4. Los Emiratos Árabes Unidos son uno de los seis países junto con Bahréin, Kuwait, Omán, Catar y Arabia Saudita integrantes del Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo (CCEAG) instituido el 25 de mayo de 1981. Con sede en Riad, el citado Consejo promueve la solidaridad y la cooperación política económica y social entre los Estados productores de petróleo y la península arábiga.

5. Uno de los primeros acuerdos adoptados por el CCEAG fue el “Acuerdo Económico Unificado de 1981” por el que los países miembros estipularon la creación de una zona de libre comercio y una unión aduanera con la conformación previa de la denominada clasificación arancelaria uniforme. Sin embargo, la organización no avanzó de manera reseñable hasta 2001 tras la adopción de un nuevo “Acuerdo Económico” más amplio que el anterior en el que se actualizaron y ampliaron los objetivos establecidos en el pasado. Por otro lado, pese a estar en proceso de conformar un mercado común desde 2008, de acuerdo a la información disponible no se han registrado avances notables en esta materia, más allá de la

¹ Regulado en los artículos 46 a 50 de la Sección 1 del Capítulo 4º de la Constitución.

² En la actualidad lo integran: su Alteza Sheikh Khalifa Bin Zayed Al Nahyan, Presidente de Emiratos Árabes Unidos y Emir de Abu Dhabi; su Alteza Sheikh Mohammed Bin Rashid Al Maktoum, Vicepresidente y Primer Ministro de EAU, y Emir de Dubai; su Alteza Sheikh Sultan Bin Mohammed Al Qasimi, Jeque de Sharjah; su Alteza Sheikh Humaid Bin Rashid al Nuaimi, Jeque de Ajman; su Alteza Sheikh Saud Bin Rashid Al Mualla, Jeque de Umm al-Quwain; su Alteza Sheikh Saud Bin Saqr Al Qasimi, Jeque de Ras Al Khaimah; y su Alteza Sheikh Hamad Bin Mohammed Al Sharqi, Jeque de Fujairah.

³ *Vid.* artículos 68 a 93 de la Sección 4 del Capítulo 4º de la Constitución.

⁴ *Vid.* artículos 55 a 67 de la Sección 3 del Capítulo 4º de la Constitución.

⁵ Artículo 60. 2 de la Constitución.

intención de avanzar hacia una unión monetaria a través de la estipulación de una alineación del tipo de cambio con respecto al dólar, no planteándose hasta la fecha la implementación de una moneda común⁶.

6. Los avances en la consecución de los objetivos prefijados por el Consejo han sido notablemente lentos debido principalmente a la falta de necesidad de los estados miembros por coordinar políticas económicas y de complementariedad, ya que gozan de un Producto Interior Bruto per cápita muy elevado y de una autonomía económica que atenta contra la profundización de los acuerdos firmados y la consolidación del bloque, sumado a las numerosas diferencias políticas y rivalidades de sus miembros⁷.

7. Desde sus orígenes en 1971, EAU se ha configurado como un Estado de economía estable y próspera basada en el libre comercio y con un floreciente sector privado. La popularidad de EAU como zona de libre comercio fue reforzada con el próspero desarrollo de las zonas francas, entre las que destacarían especialmente en el Emirato de Dubai, la de Jebel Ali fundada en 1985 o “Dubai International Financial Center, DIFC” establecida en 2002. En este sentido, debemos destacar que el concepto de zona franca en EAU no es equiparable al existente en la Unión Europea⁸.

8. Si en el ámbito comunitario el concepto de Zona Franca es el de “[...] una parte de los territorios del Estado en los cuales las actividades comerciales o industriales se ejercen bajo las leyes respectivas de ese estado. Toda mercancía que entre en esa zona se considerará fuera de la zona aduanera y no estará sujeta a los controles y procedimientos aduaneros habituales”⁹, en Emiratos Árabes Unidos este concepto va más allá al haber evolucionado de un concepto de zona franca logística tradicional a un concepto de zona franca de servicios en la que se sustenta parte de la próspera economía emiratí. Se configuran como zonas económicas especiales libres de impuestos¹⁰ directos e indirectos y de derechos de aduanas, en las que se permite el cien por cien de propiedad extranjera y la total repatriación de beneficios, unos honorarios de renovación de licencia justos, la confidencialidad y en las que no existe restricción de realizar más de una actividad. Las Zonas Francas en los Emiratos Árabes Unidos se rigen por un marco especial de normas y reglamentos aplicables a cada una de ellas y que son dictadas por la Autoridad de cada Zona Franca. En la actualidad existen más de cuarenta y cinco Zonas Francas en EAU.

9. Directamente relacionado con lo anterior, resulta llamativo que el Estado posea una participación mayoritaria en los servicios públicos, así como en importantes operaciones comerciales, indus-

⁶ Vid. I. BARTHESAHI, S. MANGANA, “El Consejo de Cooperación del Golfo (CCG). Las relaciones con el Mercosur”, Departamento de Negocios Internacionales e Integración, Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Católica de Uruguay, pp. 4-5. Disponible en <http://ucu.edu.uy/sites/default/files/Consejo%20de%20Cooperación%20del%20Golfo.pdf> (consultado el 28 de mayo de 2017).

⁷ El último de los conflictos surgidos entre varios de los estados miembros del Consejo tuvo lugar *de facto*, durante la redacción del presente trabajo de investigación. Concretamente el 5 de junio de 2017 se inició una crisis diplomática con Catar en la que Arabia Saudí, Bahréin, Emiratos Árabes Unidos, Libia, Maldivas y Yemen anunciaron la suspensión de toda relación diplomática con dicho país tras haber sido acusado de dar soporte económico a grupos terroristas islámicos e interferir en la política interior de sus países. La ruptura de relaciones por parte de Arabia Saudí, Bahréin, y Emiratos Árabes Unidos con Catar, siendo todos ellos países miembros del CCEAG, supone una situación muy delicada en el contexto de la citada institución de unión económica y de política regional. Información disponible en <http://www.khaleejtimes.com/region/qatar-crisis>

⁸ En este sentido véanse los artículos 243 a 249 de la Sección 3 de las “Zonas Francas” del Capítulo 3 del Reglamento de la (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión.

⁹ Artículo 2.32 de la Ley Común de Aduanas, cuyo texto original reza así: “«Free zone» means a part of the state’s territories in which commercial or industrial activities are exercised under the respective laws of that state. Any goods entering that zone are considered to be outside the customs zone and shall not be subject to the usual customs control and procedures”.

¹⁰ Los Emiratos Árabes Unidos, junto con otros estados miembros del Consejo de Cooperación del Golfo decidieron implementar un régimen de Impuesto al Valor Agregado (“IVA”) en sus territorios libres. Los Emiratos Árabes Unidos figuran entre los primeros Estados miembros del Consejo en anunciar la introducción del régimen del IVA con una fecha propuesta de entrada en vigor el 1 de enero de 2018. El texto del Acuerdo Unificado sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido del Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo fue publicado recientemente por Arabia Saudí, y se espera que el Ministerio de Finanzas de los Emiratos Árabes Unidos publique la ley del IVA en el verano de 2017. Podemos afirmar en este sentido que el IVA tendrá un impacto significativo en las sociedades constituidas en Zonas Francas, así como en las autoridades y entidades gubernamentales que operan en los Emiratos Árabes Unido puesto que hasta la fecha es un territorio libre de impuestos.

triales o de construcción. El máximo exponente del programa de privatización iniciado por EAU fue la privatización del Departamento de agua y electricidad por parte de cada emirato.

2. Consideraciones generales sobre el sistema legal de Emiratos Árabes Unidos

10. A pesar de que los principios fundamentales del Derecho en los Emiratos Árabes Unidos derivan de Ley Sharia¹¹, la mayor parte de la legislación se compone de una mezcla de conceptos islámicos y europeos de derecho civil, que tienen una raíz común en el código legal egipcio establecido a finales del siglo XIX. Por otro lado, la influencia francesa se demuestra más claramente por la adopción de un sistema de derecho civil similar a los de los estados europeos por la mayoría de los países de la región, en lugar del sistema de derecho anglosajón o *common law* vigente, entre otros, en Reino Unido, Estados Unidos, Irlanda del Norte, Gales, Nueva Zelanda y Canadá (salvo Quebec), Sudáfrica, India, Malasia o Singapur.

11. Además de la legislación específica que abarca los organismos, el derecho mercantil, el derecho laboral y la propiedad intelectual, los Emiratos Árabes Unidos han promulgado su propio Código Civil y Código de Comercio. A pesar de que el sistema ha llevado al desarrollo de sistemas legales integrales y estructurados, éstos son rígidos e inflexibles hasta cierto punto, lo cual se traduce en una gran burocracia asociada a los países de la región del Medio Oriente en su conjunto.

12. La estructura de la aplicación legal del sistema jurídico es sumamente compleja debido a los tribunales duales, los tribunales de la Sharia y los tribunales civiles, que funcionan en paralelo pero que abarcan diferentes ámbitos de la ley.

13. Aunque el sistema legal difiere notablemente al sistema de *civil law* o de *common law*, los principios legales y la estructura es lógica y comprensible. El sistema ha evolucionado a lo largo de muchos siglos, de manera similar a Occidente y, especialmente en los Emiratos Árabes Unidos, se está adaptando a las cambiantes necesidades de la sociedad con nuevos desarrollos en el pensamiento para una época moderna. Son destacables los cambios en el ámbito del derecho mercantil ya que han liberalizado el régimen legal, con el fin de crear un ambiente más abierto y comprensible para las empresas extranjeras e inversores extranjeros.

14. La base del sistema legal en los EAU es la Sharia. En la Constitución se establece que el Islam es la religión estatal, y se configura como la fuente principal de la ley¹². Sin embargo, aunque los principios de la Sharia influyen en las leyes criminales y civiles, la influencia directa en los EAU se limita principalmente a las leyes de carácter social, como son el derecho de familia, o de sucesiones. La mayoría de los asuntos comerciales son tratados por tribunales civiles o por tribunales de arbitraje¹³

¹¹ La Ley Sharia (“lo que está prescrito”) es la ley sagrada del Islam. Constituye para los musulmanes además de un cuerpo de derecho un código universal de conducta inspirado por Alá en el que se establecen, de un lado, los deberes religiosos eternos e inmodificables, y de otro lado los deberes políticos, sociales y económicos de los creyentes. Al tratarse de un código de conducta de inspiración divina su autoridad no proviene de ningún soberano temporal, teniendo éstos el deber gobernar bajo sus principios, y sin poder para modificar la Ley Sharia o para interferir de cualquier modo en los Tribunales encargados de su administración.

En este punto resulta necesario precisar que a pesar de que en ocasiones se equiparen los conceptos de Ley Sharia o Ley Coránica, esta afirmación no es del todo correcta puesto que a pesar de que sea el Corán la fuente primigenia de la Sharia, sus pasajes más relevantes sólo configuran una parte pequeña de su núcleo legal en comparación con las otras fuentes de la Sharia como es la “Sunna”. La “Sunna” contiene las acciones religiosas y enseñanzas del profeta Mahoma narradas por sus compañeros (rama sunita del islam) o por los Imanes (rama chiita).

¹² Artículo 7: “Islam shall be the official religion of the Union. The Islamic Shari’ah shall be a principal source or legislation in the Union [...]”.

¹³ En el ámbito del Derecho marítimo destaca el EMAC o “Emirates Maritime Arbitration Center”, cuyo objetivo, como queda detallado en su web, es: “La resolución de conflictos marítimos locales e internacionales utilizando métodos de resolución alternativa de controversias de manera eficiente y eficaz. Su objetivo es potenciar los procedimientos de arbitraje marítimo para que sean más imparciales y equitativos, proporcionando mecanismos flexibles y neutrales. Nuestro objetivo es promover el conocimiento de la práctica del arbitraje marítimo a nivel local, regional e internacional”. <http://www.emac.org.ae/en/WhoWeAre> (consultado el 12 de junio de 2017).

establecidos permanentemente. Sin embargo, es un hecho que varios principios básicos de la Sharia son de aplicación a las transacciones comerciales y han influido en el desarrollo del Código de Comercio que se aplica en los Emiratos Árabes Unidos. A pesar de que estos conceptos no se traducen han ejercido una influencia sobre la redacción y la interpretación de las leyes. Esos principios básicos de hecho han dado lugar a una interpretación conforme¹⁴ de las normas propias del ámbito mercantil con importantes consecuencias. Deben destacarse entre otros, los siguientes principios:

- Se prohíbe la usura, el interés, la “*riba*”, un beneficio que se logra sin esfuerzo no es acorde a la Sharia. Según la Sharia, el dinero no es una mercancía, que se puede negociar, ni tiene un valor en el tiempo si se deja sin usar. En consecuencia, el interés ganado es un ingreso injusto.
- El riesgo o “*gharar*” debe ser compartido. Como los ingresos no pueden derivarse de los pagos de intereses, los inversores deben participar en los beneficios o pérdidas de una inversión en proporción al monto que la operación pone en la transacción y, por tanto, al nivel de riesgo que corren.
- La incertidumbre o “*juhala*” en un contrato está prohibida. Las partes contratantes deben realizar un contrato con pleno conocimiento de todos los términos. Esto significa que la cantidad de capital o bienes debe ser acordada de antemano y estipulada en el contrato.
- Capacidad de las partes. Como es el caso en la mayoría de las jurisdicciones legales, la ley también especifica que las partes en un contrato deben tener la capacidad legal de comprender y asumir las obligaciones del contrato.
- Consentimiento. Las partes en un contrato deben entrar en él por su propia voluntad y no deben ser objeto de amenaza o coacción.

I. El régimen de responsabilidad del porteador

1. Introducción. La Ley Federal Marítima No. 26 de 1981 sobre el Derecho Mercantil Marítimo.

15. La ausencia de un código marítimo completo en la Ley Sharia, y en consecuencia la inexistencia de preceptos de derecho marítimo derivados de dicha ley, es una realidad a la que debe enfrentarse todo estudioso de esta materia en el mundo musulmán. Tan sólo existen en el citado cuerpo legal breves referencias cruzadas a “barcos”, “marineros”, “transporte marítimo” o al “comercio marítimo”¹⁴. Si bien, como vimos anteriormente, al Derecho Marítimo son de aplicación principios básicos de la Ley Sharia, tales como la prohibición de interés, capacidad de las partes, o el consentimiento¹⁵. En consecuencia, los legisladores de los países del CCEAG tuvieron que tomar como referencia necesariamente códigos marítimos de los países occidentales para promulgar sus propios textos¹⁶.

16. El primer texto legal en materia de derecho marítimo en el actual territorio de EAU fue promulgado en el emirato de Sharjah durante el protectorado de Reino Unido y estuvo en vigor hasta 1981. Concretamente, en 1970 Sharjah promulgó una “Ley Marítima” exhaustiva y coherente en la que se van tomando como referencia los principios generales del Derecho Marítimo británico, regulando en 153 artículos materias como el registro e identificación de buques, la hipoteca naval, el transporte marítimo de mercancías (basado principalmente en la regulación de las Reglas de la Haya, Reglas de la Haya-Visby), la limitación de la responsabilidad de los navieros, la regulación de la navegación marítima básica, las averías, naufragios y salvamentos, etc.

17. Emiratos Árabes Unidos es un país conocido por su próspero comercio marítimo y la popularidad de sus puertos en el Golfo, y el hito en su derecho marítimo fue alcanzado en 1981, con la

¹⁴ Vid. H. KHALILIEH, *Islamic Maritime Law: An Introduction. Studies in Islamic Law and Society*, Brill Academic Publishers, Boston, 1998.

¹⁵ Vid. R. PRICE, *The Maritime Laws of the Arabian Gulf Cooperations Council States*, Vol 1, Brill, London, 1986, p. 20.

¹⁶ *In extenso*, vid. PRICE, *The Maritime Laws of...*, *op.cit.* p. 31.

promulgación de la Ley Federal Marítima No. 26 de 1981 sobre el Derecho Mercantil Marítimo. La ley está basada en gran medida en las leyes marítimas de otros países árabes (Kuwait, Arabia Saudí)¹⁷ y europeos (Reino Unido, principalmente) así como en los principales Convenios Internacionales marítimos (p.ej., el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1969 y el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1971; junto con todos los Protocolos pertinentes), por lo que se trata de un texto bastante accesible para los abogados marítimos occidentales. El citado cuerpo legal fue parcialmente modificado por la Ley No. 11 de 1988. Se trata de una Ley completa que abarca en un total de 422 artículos materias clásicas del derecho marítimo como: el transporte marítimo de mercancías; la propiedad, el registro e hipoteca de buques; la seguridad de los buques; la navegación; el remolque; el fletamento; el transporte de pasajeros por mar; el salvamento; la contaminación; la avería; y el seguro marítimo principalmente.

18. Centrándonos en el objeto del presente artículo, es necesario señalar que la base de la regulación de la responsabilidad del porteador marítimo en la legislación marítima de EAU está basada principalmente, en la regulación de las Reglas de la Haya (“Reglas de La Haya”, RH), Reglas de la Haya-Visby (“Reglas de La Haya Visby”, en adelante RHV)¹⁸.

19. El origen de las RH se basó en la necesidad de dotar de una regulación uniforme y equilibrado al transporte marítimo de mercancías, ya que a comienzos del S. XIX fue una realidad más latente y demandada en la industria naviera. Los excesos de la autonomía de la voluntad contractual eran evidentes en detrimento de los cargadores de mercancías que presentaban una posición económica inferior a la de los porteadores de mercancías. Paralelamente comenzaba el nacimiento de las grandes empresas navieras y se mostraba una incipiente evolución técnica en los buques.

20. El sistema imperante en el transporte marítimo de mercancías se basaba en la responsabilidad *ex recepto* de las mismas, que en la práctica se materializaba en excesivas cláusulas de irresponsabilidad que los porteadores insertaban en los conocimientos de embarque. Dichas cláusulas estipulaban la irresponsabilidad del porteador genéricamente, cubriendo entre muchos casos los errores y actos negligentes del capitán o de la tripulación en la navegación. Las cláusulas de exoneración tenían como consecuencia directa, además de hacer recaer en los cargadores el riesgo de los daños en las mercancías derivados del transporte, que el precio de los fletes fijados por los porteadores fuese cada vez más bajo. El precio irrisorio de los fletes daba lugar a una feroz competencia entre los porteadores que suponía una grave desventaja para aquellos en cuyos países el derecho era más exigente¹⁹. La expansión a nivel internacional del uso abusivo de las cláusulas de irresponsabilidad, junto con la contradicción de fallos jurisdiccionales que sostenían la validez (tribunales británicos) o la invalidez de las mismas (tribunales norteamericanos) eran una clara manifestación de que la situación jurídica resultaba insostenible.

21. El sistema equilibrado de responsabilidad del porteador en las RH, RHV, de un lado tenía como finalidad liberar al porteador de una responsabilidad absoluta de navegabilidad del buque al comienzo del viaje, y en su lugar imponerle la obligación de debida diligencia al respecto²⁰. De otro lado, sin embargo, se estableció que se declararían nulas y sin efecto todas aquellas cláusulas, convenios o

¹⁷ Vid. PRICE, *The Maritime Laws of...*, *op.cit.* pp. 31-33.

¹⁸ Para una primera aproximación a la regulación de las Reglas de la Haya, Reglas de la Haya Visby, *vid.* W. TETLEY, “Selected problems of Maritime Law under the Hague Rules”, 9 *McGill L.J.*, 53, 1963, pp. 53-65, *Marine Cargo Claims*, Fourth Edition, vols. 1 y 2, Thomson-Carswell, Quebec, 2008; F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de Transporte Marítimo de Mercancías. Reglas de la Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010; N. MARGETSON, *The system of liability of Articles III and IV of the Hague (Visby) Rules*, Zutphen, Paris, 2008; K. GRÖNFORS, «Introduction», en K. GRÖNFORS (ed.), *Six Lectures on the Hague Rules. Lectures given at the Stockholm Colloquium on Maritime Law June-28-July-2 1965*, Handelskögslan, Akademiförlaget, Göteborg, 1967, pp. 15-30; A. DIAMOND, “The Hague- Visby Rules”, *LMCLQ*, 225-227, 1978, pp. 225-251.

¹⁹ Vid. SÁNCHEZ CALERO, *El Contrato de Transporte Marítimo ...*, *op.cit.*, p. 43.

²⁰ Artículo 3.1 RHV.

acuerdos establecidos en el contrato que exoneraran al porteador (o al buque) de responsabilidad por pérdida o daño a las mercancías, que provinieran de negligencia o falta de cumplimiento de los deberes y obligaciones convencionalmente exigidos²¹.

22. Otra muestra del equilibrio establecido en las RHV se reflejaría, de una parte, en la obligación impuesta al porteador de proceder de manera apropiada y cuidadosa a la carga, conservación, estiba, transporte, custodia y descarga de las mercancías²². Y de otra, en la liberación de responsabilidad del porteador en el supuesto que el daño o pérdida de las mercancías fuese consecuencia de alguno de las causas de exoneración previstas en el artículo 4.2 RHV, sobre el que volveremos más adelante.

2. La responsabilidad del porteador marítimo

23. El presente trabajo de investigación se centra en la cuestión más destacada del contrato de transporte, y en especial del contrato de transporte marítimo internacional de mercancías: la responsabilidad del porteador. Debido a la extensión de este artículo no es posible realizar una investigación exhaustiva sino más bien subrayar los aspectos más relevantes y controvertidos sobre la responsabilidad del porteador marítimo en la legislación de Emiratos Árabes Unidos.

24. El porteador asume la obligación de transportar las mercancías de un lugar a otro por vía marítima, y se constituye como uno de los principales actores del comercio marítimo. En el momento en el que el cargador pone a disposición del porteador las mercancías, pierde el control sobre las mismas y es entonces cuando sólo el porteador está en situación de proteger la carga para que llegue a destino incólume, en el mismo estado en el que la recibió. Por ese motivo, es de justicia responsabilizar al porteador por el incumplimiento contractual, pero es igualmente equitativo que se haga en su justa extensión y medida en aras de lograr un régimen adecuado.

25. Con carácter general, podemos afirmar que en todos los sistemas normativos el fundamento de la responsabilidad del porteador marítimo es el mismo: el porteador responde por los daños, pérdidas y retrasos²³ que sean imputables a su culpa o dolo; los debidos a caso fortuito o fuerza mayor, o a causas ajenas a su actuación, son de cuenta del cargador o del titular de las mercancías, según sea el caso. Cuestión distinta es cómo se delimitan los conceptos de culpa, caso fortuito o fuerza mayor.

26. En el caso de la legislación marítima emiratí, la regulación del contrato de transporte marítimo de mercancías está prevista en el Capítulo 4 “De los usos de los buques”, Parte 2 “Contrato de transporte marítimo”, arts. 256 a 287. El artículo 275 de la Ley Federal Marítima Emirati establece que el porteador²⁴ será responsable de las pérdidas o daños sufridos por las mercancías durante el período comprendido entre el momento de la entrega de las mercancías en el puerto de carga y el momento en que las entrega a la persona que tiene derecho a ellas en el puerto de descarga (art. 275), a menos que se demuestre que dicho daño o destrucción se originó por alguno de los peligros exceptuados que describe a continuación, copiando la fórmula prevista del artículo 4.2 RHV y sobre la que nos detendremos más adelante. Este sistema de establecer unos “*excepted perils*” proviene del Derecho inglés, tan poco dado

²¹ Artículo 3.8 RHV.

²² Artículo 3.2 RHV.

²³ Es evidente que la pérdida, el daño y el retraso no son los únicos supuestos generadores de responsabilidad del porteador marítimo ya que existen múltiples incumplimientos contractuales en los que puede incurrir el porteador en la ejecución del contrato de transporte (p. ej., transporte de carga sobre cubierta sin pacto expreso en el que el cargador lo acepte expresamente, retraso injustificado para el inicio del viaje y por la ruta pactada, desvío injustificado, etc.). Sin embargo, la pérdida, el daño y el retraso son los únicos supuestos para los que se prevé un régimen específico de responsabilidad. Por ese motivo centramos nuestra exposición en ellos.

²⁴ La Ley Federal Marítima Emirati no define el concepto de porteador, sino que entiende como tal, a la persona que se obliga a cambio del flete a transportar las mercancías de un puerto a otro (art. 256), sin establecer definición alguna. Simplemente establece la obligación de identificar al porteador haciendo constar su nombre y dirección en el conocimiento de embarque (art. 257.3).

a las categorías generales que presidan de forma sistemática el catálogo de excepciones de responsabilidad y tan proclive al casuismo²⁵.

27. Esto es importante, pues se establece de forma concreta qué se considera lo que en derecho continental denominaríamos caso fortuito o circunstancias ajenas a la voluntad del porteador. En la lista de las Reglas de La Haya se incluyen como causas de exoneración las comúnmente denominadas “faltas náuticas”, esto es, los actos negligentes cometidos por capitán o tripulación en la navegación o manejo del buque, lo cual resulta bastante criticable²⁶ a pesar de suponer la otra cara de la moneda frente a la responsabilidad del porteador por la falta comercial de los actos realizados por sus dependientes. Al mismo tiempo que este compromiso superaba la práctica anterior de nula responsabilidad del porteador por los actos de sus dependientes, que se asentaba en el argumento de que el porteador no podía vigilar a su tripulación con detenimiento fuera del puerto de carga y en que los peligros del mar eran graves. De igual forma esta regulación se reitera en la Ley emiratí, que como vimos casi copia literalmente las reglas, y que efectivamente establece un listado de causas de exoneración que viene a limitar la responsabilidad del porteador a los casos de culpa o dolo, exonerando también las “faltas náuticas” de la tripulación.

28. La declaración de responsabilidad del porteador encuentra dos límites en la regulación prevista en la Ley. De un lado, sólo responderá por los daños, pérdidas o retrasos que se hayan causado durante el periodo temporal que las mercancías se encontraban bajo su custodia y sólo conforme con las disposiciones que se prevén a continuación en su articulado. En síntesis, podemos afirmar que el porteador es responsable por culpa o negligencia propia o de sus auxiliares y dependientes en la causación de los daños, pérdidas o retraso en la entrega de las mercancías; sin perjuicio de que se admitan los casos de exoneración de la responsabilidad legalmente tasados.

29. La declaración de responsabilidad del porteador por retraso se prevé en el artículo 285, al declarar responsable al porteador en aquellos supuestos en los que la entrega de las mercancías extemporánea no sea debida a alguna de los peligros exceptuados previstos legalmente. Se entenderá que ha habido retraso en la entrega de las mercancías en aquellos supuestos en los que las mercancías no son entregadas en el plazo pactado, o en ausencia de dicho pacto, en el plazo en el que un porteador común hubiera entregado las mercancías en similares circunstancias.

30. Además, en aquellos casos en los que el transporte sea realizado por porteadores sucesivos bajo un único título (conocimiento de embarque o “*through bill of lading*”), el porteador será responsable de todas las obligaciones derivadas del conocimiento hasta el final del transporte. De facto, será responsable de los actos de los transportistas posteriores a él que se hacen cargo de las mercancías. Sin embargo, los porteadores sucesivos sólo serán responsables de los daños causados a las mercancías mientras transportaban efectivamente las mismas (art. 286). En este punto, la Ley Marítima Emirati no aclara qué ocurre en aquellas situaciones en las no se conoce el tramo o trayecto en el que se produjeron las pérdidas, daños o el retraso, siendo lógico suponer que en tal caso debe operar la solidaridad.

3. Delimitación temporal de la responsabilidad

31. Un aspecto de gran relevancia en todo contrato de transporte es la delimitación del espacio temporal de responsabilidad del porteador. Siendo la nota esencial del contrato de transporte de mercancías el hecho de que el porteador esté obligado al traslado de mercancías de un lado a otro, en el mismo estado en el que las recibió, es determinante precisar el período en el que es de aplicación el régimen de responsabilidad del porteador: el momento en el que tiene a su cargo las mercancías para el transporte, así como el momento en el que deja de tener el control sobre las mismas. El período del

²⁵ Vid. SÁNCHEZ CALERO, *El Contrato de Transporte ...*, op. cit., pp. 407 y 410.

²⁶ En vista del avance técnico de la navegación marítima, reflejado entre otras muchas cuestiones en la disminución de los riesgos propios del mar, la regulación prevista en las Reglas de Hamburgo y Rotterdam declara al porteador responsable por la pérdida, daño o retraso causado por culpa del porteador, sus dependientes o agentes.

transporte marítimo está limitado al tiempo durante el cual las mercancías están cubiertas por el régimen de la responsabilidad de los porteadores. Una delimitación precisa del transporte marítimo sirve a los intereses de las diferentes partes contratantes para determinar los extremos de la responsabilidad. De un lado, el daño a las mercancías acaecido durante el período establecido para el transporte determina la responsabilidad del porteador. Mientras que los daños a la carga antes y después del período fijo se registrarán por las normas de derecho común. Además, todas las operaciones realizadas durante este período serán consideradas operaciones de transporte marítimo siendo irrelevante si estas operaciones se llevan a cabo en la zona portuaria o en alta mar.

32. La delimitación de la responsabilidad en la Ley Federal Marítima Emirati abarca el período que va desde el momento en que se entrega la mercancía en el puerto de carga y el momento en que lo entrega a la persona que tiene derecho a ellas en el puerto de descarga (art. 275.1). En este sentido, el ámbito temporal de la responsabilidad en la regulación Emirati no sigue el modelo de las Reglas de la Haya Visby. El período de responsabilidad del porteador marítimo en éstas se encuentra regulado en el artículo 1.e) y fija la frontera de la prestación debida al porteador como sigue: “El «transporte de mercancías» comprende el tiempo transcurrido desde la carga de las mercancías hasta su descarga del buque”²⁷. Esto normalmente se interpreta como que el porteador es responsable por el período que cubre el “gancho a gancho”²⁸: momento desde el cual las mercancías son enganchadas en la grúa para su carga hasta su descarga en el puerto de destino. De esta forma queda así el naviero exento de toda responsabilidad por el manejo de la carga en los recintos portuarios, tanto en el puerto de partida como en el de destino del viaje.

33. La delimitación temporal de la responsabilidad del porteador en la legislación marítima emirati sigue en este punto la regulación prevista en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 (en adelante, Reglas de Hamburgo), en el que se delimita la responsabilidad del porteador siguiendo el criterio “puerto a puerto”²⁹. El comienzo y fin de la delimitación temporal de la responsabilidad es notablemente más flexible y amplio que el previsto en las Reglas de La Haya Visby. El período de responsabilidad del porteador se determina con relación a dos términos flexibles sometidos a una condición de lugar. Los términos flexibles se refieren, en primer lugar a que el porteador tenga las mercancías bajo su custodia y en segundo lugar que las haya entregado. Como referencia local nos referimos al puerto de inicio del periplo o de destino de las mercancías. La delimitación temporal de este régimen halla su razón última en hacer coincidir la unidad temporal de la responsabilidad del porteador por las mercancías con el período temporal en las que éstas se encuentran a su cargo. De ahí se deduce la responsabilidad del porteador por todas y cada una de las operaciones previas o posteriores a la fase estrictamente marítima del transporte marítimo de mercancías, cuando las citadas operaciones sean llevadas a cabo por el porteador en la zona portuaria con motivo del transporte³⁰.

²⁷ El juez DEVLIN J en el caso *Pyrene Co Scindia Navigation Co*, 1 Lloyds Rep 321, remarcó que: “La aplicación de las normas está determinada por los límites del contrato de transporte por mar y no por ningún límite de tiempo. La función del artículo 1 e) es, creo, sólo para ayudar en la definición de «contrato de transporte». En mi opinión, es una falacia creer que los derechos y responsabilidades en virtud de las Reglas corresponden a un período de tiempo, sino que se atribuyen a un contrato, o parte de un contrato. Digo «parte de un contrato» ya que en un único contrato nos podemos referir tanto a un transporte terrestre como a uno marítimo, y en ese caso es la parte marítima la única parte que entra dentro de las normas que, definen el «contrato de transporte» en el artículo 1 b) –que regula el transporte de mercancías por mar–. Sin embargo, una cláusula apropiada en el conocimiento de embarque podría extender la aplicación de las Normas, por ejemplo a la parte terrestre de un contrato multimodal de transporte”.

²⁸ Período comúnmente conocido como “*tackle to tackle*” siguiendo la terminología inglesa –“*Received on the ships tackle till the time when the goods are unloaded from the ships tackle*”- o “*palan-palan*” en atención a la terminología gala –“*Depuis la réception des marchandises au palan du navire jusqu’à leur déchargement du palan du navire*”-.

²⁹ El artículo 4 de las Reglas de Hamburgo establece que: “La responsabilidad del porteador por las mercancías en virtud del presente Convenio abarca el período durante el cual las mercancías están bajo la custodia del porteador en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga”. Claramente una definición más amplia que los términos de las Reglas de La Haya Visby que recordemos delimitaban la responsabilidad “desde la carga de las mercancías a bordo del buque hasta su descarga del buque”.

³⁰ *Vid.* D. MORÁN BOVIO, “Los límites del período de responsabilidad del porteador en las Reglas de Hamburgo”, en AAVV, *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3967-3968.

34. La delimitación se realiza conforme a dos criterios, uno temporal y otro geográfico: a) Temporal: desde la recepción de las mercancías, durante el viaje y hasta su entrega. b) Geográfico: entre el puerto de carga y el de descarga. Esta solución de compromiso fue adoptada en las Reglas de Hamburgo con el fin de ampliar el período de responsabilidad por custodia de las mercancías respecto de la delimitación temporal impuesta en las Reglas de La Haya Visby, pero con la limitación de no llegar a interferir en el transporte multimodal³¹. Un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que el problema de quién debe realizar la carga-descarga, y la estiba-desestiba no está resuelto en las Reglas de Hamburgo, y en consecuencia dichas precisiones serían extensibles a la regulación emiratí. En primer lugar, porque no se hace referencia expresa a estas operaciones. Y en segundo lugar, porque se realiza una delimitación abstracta de los conceptos de recepción y entrega en las Reglas de Hamburgo que otorga un extenso margen a las partes contratantes para fijar contractualmente el momento en que deben entenderse realizados los actos de recepción y entrega de las mercancías³².

35. En definitiva, la regulación emiratí de la delimitación temporal de la responsabilidad, no opta por una responsabilidad “gancho a gancho” como en las Reglas de la Haya Visby, sino que se decanta por una responsabilidad “puerto a puerto”. En consecuencia, abarca todas las operaciones de desplazamiento que tengan lugar en el puerto, desde la recepción de las mercancías hasta la entrega de las mismas en el puerto de destino.

4. Causas de exoneración

36. Las Reglas de La Haya consagraron la voluntad del legislador de limitar la posibilidad contractual de exonerar al porteador en la mayoría de supuestos, y por eso fijó una regulación de la responsabilidad del porteador marítimo de modo casuístico enumerándose y concretando los supuestos de exoneración o «*excepted perils*» en el artículo 4.2³³ de las Reglas de la Haya Visby³⁴.

³¹ El período de responsabilidad del porteador debatido en las Reglas de Hamburgo abarca desde el momento en el que el porteador tiene las mercancías bajo su custodia en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga. El texto del artículo 4 tiene por objeto evitar la interferencia con el transporte multimodal y de limitar la aplicación de las Reglas de Hamburgo al transporte marítimo. Se corresponde con el principio establecido en el artículo 1.6 de que sólo la parte del transporte efectuada por mar está cubierto en las Reglas de Hamburgo. Así, si el transportista marítimo se hace cargo de la mercancía en un lugar interior, los introduce en sus contenedores y los lleva por ferrocarril, carretera o vías navegables a su barco en el puerto, las Reglas de Hamburgo no se aplican hasta la llegada de la mercancía al puerto donde el barco se está cargando. *Vid.* UNCTAD, *The economic and commercial implications of the entry in force of the Hamburg Rules and the Multimodal Transport Convention*, United Nations Publications, New York, 1991, pp. 105-106.

³² *Vid.* F.C. LÓPEZ RUEDA, *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías (Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal)*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2005, pp. 197-198.

³³ *Vid.* J. M. RUIZ SOROA, S. ZABALETA SARASUA, M. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2007, p. 446; GRÖNFORS, “Introduction”, *op. cit.*, pp. 26-30.

³⁴ El catálogo enumerativo de los supuestos en los que el porteador no responde se encuentra regulado en el artículo 4.2 de las Reglas de la Haya, Reglas de la Haya-Visby, apartados del *a)* al *q)*, en los que siguiendo la tradición jurídica del *common law* se establece que: «Ni el porteador ni el buque serán responsables por pérdida o daño que resulten o provengan: a) De actos de negligencia o falta del capitán, marinero, práctico o del personal destinado por el porteador a la navegación o al manejo del buque; (b) De incendio, a menos que haya sido ocasionado por hecho o falta del porteador; (c) De peligros, daños o accidentes de mar o de otras aguas navegables; (d) De un “acto de Dios”; (e) De hechos de guerra; (f) Del hecho de enemigos públicos; (g) De detención o embargo por soberanos, autoridades o gentes o de embargo judicial; (h) De restricción de cuarentena; (i) De un acto u omisión del cargador o propietario de las mercancías o de su agente o presentante; (j) De huelgas o *lock-outs* o de trabas impuestas total o parcialmente al trabajo por cualquier causa que sea; (k) De motines o perturbaciones civiles; (l) De salvamento o tentativa de salvamento de vidas o bienes en la mar; (m) De disminución en volumen o peso, o de cualquiera otra pérdida o daño resultantes del vicio inherente; (n) De una insuficiencia de embalaje; (o) De una insuficiencia o imperfección de las marcas; (p) De los vicios ocultos que escapan a una diligencia razonable; (q) De cualquier otra causa que no proceda del hecho o falta del porteador o de hecho o falta de los agentes o empleados del porteador; pero la carga de la prueba incumbirá a la persona que reclame el beneficio de esta excepción y a ella le corresponderá demostrar que ni la falta personal ni el hecho del porteador ni la falta o el hecho de los agentes o empleados del porteador, han contribuido a la pérdida o al daño. En resumen, las causas de exoneración del artículo 4.2 RH(V) se agruparían en un total de 3 categorías siguiendo nuestra tradición jurídica, concretamente: a) Caso fortuito b) Hechos relativos a las cosas o al embalaje de las mismas. c) Hechos imputables al destinatario o al cargador de las mercancías.

37. La Ley Federal Marítima Emirati, reproduce casi en su integridad la regulación de las Reglas de la Haya Visby. El catálogo enumerativo de los supuestos en los que el porteador no responde se encuentra regulado en el artículo 275.1 de la legislación emirati, apartados del *a)* al *s)*, en el que se establece que: “El porteador será responsable de las pérdidas o daños sufridos [...] a menos que se demuestre que dicho daño o destrucción se debió a una de las causas siguientes: a) La innavegabilidad del buque, pero a condición de que el transportista pruebe que cumplió las obligaciones establecidas en el artículo 272³⁵; b) Errores de navegación o en la gestión del buque por parte del capitán, la tripulación, los pilotos u otros trabajadores marítimos; c) Fuego³⁶, a menos que ocurra lo mismo a través del acto o falta del porteador; d) Peligros del mar u otras aguas navegables, o peligros o accidentes de los mismos; e) Actos de Dios; f) Los peligros de la guerra; g) Actos de enemigos públicos; h) Cualquier detención o restricción por parte de un poder, Estado o personas o detención judicial; i) Restricciones de cuarentena; j) Cualquier huelga o despido, o cualquier otro obstáculo que impida la continuación total o parcial de la obra; k) Agitación y conmociones civiles; l) Cualquier acto u omisión por parte del remitente o del dueño de las mercancías o de su agente o representante; m) El déficit de volumen o peso o cualquier otro déficit resultante de un defecto latente o de la naturaleza particular de las mercancías o de cualquier defecto inherente al mismo; n) Insuficiencia de los envases; o) Insuficiencia o imperfección de las marcas distintivas de las mercancías; p) Salvamento o intento de salvamento de personas o bienes en el mar; q) Defectos latentes no detectables por examen ordinario; r) Cualquier desvío de ruta en el curso del rescate o intento de rescate de personas o bienes en el mar o cualquier otra desviación por causa razonable; s) Cualquier otra causa que no se derive del incumplimiento del transportista o de los que trabajen bajo su cargo o su representante. La carga de la prueba recaerá en la persona que alegue tal causa para demostrar que ningún incumplimiento de tales personas fue decisivo para causar la pérdida o el daño”.

38. La lista de peligros exceptuados comienza a diferenciar de la prevista en las eximiendo de responsabilidad al porteador en aquellos casos en los que el porteador pruebe efectivamente que la innavegabilidad del buque no se debe a su acción u omisión. Se exige para ello al porteador que pruebe que cumplió las obligaciones establecidas en el artículo 272, esto es, que ejercitó la debida diligencia para que el buque se hallara en condiciones de navegabilidad antes de zarpar y al comienzo de un viaje, acondicionándolo y equipándolo adecuadamente. Preparando a su vez, las bodegas, cámaras frigoríficas y otras partes del buque para recibir, transportar y conservar las mercancías.

39. Finalmente, la legislación emirati, otorga un carácter inderogable al sistema de responsabilidad del porteador a favor del cargador en su artículo 278, como hicieran las Reglas de la Haya Visby su artículo 3.8³⁷, de forma que tan sólo las causas de exoneración que enunciamos anteriormente son admisibles. Bajo ambas regulaciones, sólo esas causas y no otras pueden dar lugar a la exoneración de responsabilidad, puesto que el propio Convenio declaró la nulidad de todas aquellas que pretendieran reducir o atenuar la responsabilidad del porteador³⁸.

³⁵ *Vid.* artículo 4.1 RHV.

³⁶ La sentencia del Caso 1/99, de la Corte de Casación de Dubai de 27 de febrero de 1999, trató un supuesto de mercancía dañada por un incendio, siendo concausa del daño una defectuosa estiba de las mercancías transportadas. El tribunal declaró responsable al porteador por los daños causados a las mercancías debido a que éstos se originaron a causa de la mala estiba de las mercancías dentro del buque; a pesar de que de acuerdo al artículo 275. 1 *c)* el porteador no pueda ser declarado responsable por los daños causados a las mercancías por el fuego, salvo que se pruebe que el porteador (o uno de sus dependientes) lo causara efectivamente. *Vid.* R. PRICE, E. AL TAMINI, *United Arab Emirates Court of Cassation Judgments 1998-2003*, Brill, Leiden-Boston, 2005, pp. 155-158.

³⁷ Artículo 3.8 RH(V): “Cualquier cláusula, Convenio o acuerdo en un contrato de transporte que libere al transportador o al buque de responsabilidad por pérdida o daño a, o en conexión con, las mercancías, que provengan de negligencia, falta o incumplimiento a los deberes u obligaciones establecidos en este artículo o que atenúen esa responsabilidad en otra forma que no sea la determinada en estas reglas, será nula y sin valor e ineficaz. Igualmente será nula toda cláusula que ceda al transportador el beneficio seguro o cualquier similar, la que será considerada como una cláusula que libera al transportista de su responsabilidad”.

³⁸ *Vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de Transporte Marítimo de Mercancías. Reglas de La Haya*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, pp. 356-358.

5. Carga de la prueba

40. Todos los que hayan aplicado alguna vez el Derecho en la vida real saben que, en la práctica, más importante que saber de “qué” se responde es el determinar “quién tiene que probar” la diligencia o casualidad del hecho dañoso. La “carga de la prueba” es tan relevante como el fundamento de la responsabilidad, y por eso todos los sistemas normativos se han ocupado de esta cuestión con detalle. Como regla general, en el transporte marítimo es el porteador quien tiene que probar que la pérdida, daño o retraso son debidos a causas fortuitas. Dicho de otra forma, el porteador responde salvo que pruebe el caso fortuito o la ajenidad del hecho que motivó la pérdida, daño o retraso. A quien reclame, eso sí, le compete demostrar la realidad de esa pérdida, daño o retraso, y que se han producido durante el periodo en que la mercancía es responsabilidad del porteador. Esta regla general se mantiene en la regulación emiratí, por lo tanto, el porteador será el sujeto obligado a probar que la causa real y efectiva del daño es subsumible dentro de uno de los casos de exoneración (art. 275.1); mientras que el sujeto perjudicado deberá probar que el daño o pérdida efectivamente causado provinieron de la falta del porteador o de sus dependientes por motivos distintos a la navegación o gestión del buque (art. 275.2).

41. Legalmente, no existe ninguna regla que extienda a agentes del porteador, o terceros independientes que hayan actuado bajo sus órdenes, las causas de exoneración del porteador. Sin embargo, esta extensión podría pactarse en una cláusula contractual (Cláusula Himalaya³⁹). Por supuesto, los agentes del porteador o terceros empleados por él podrán ser declarados responsables además en caso de que su propia actuación haya sido negligente o dolosa”.

6. Protestas y plazo de ejercicio de la acción

42. El derecho a demandar recae en el titular legítimo del conocimiento de embarque, es decir: el destinatario nombrado en el conocimiento de embarque (art. 257. 2 a); el último endosatario, si el conocimiento de embarque se hace a la orden; o, si el conocimiento de embarque es a favor del titular, el titular del mismo (art. 264).

43. En aquellos casos en que las pérdidas o los daños resulten aparentes, el destinatario deberá otorgar al porteador o a su agente aviso escrito de la pérdida o daño sufrido por las mercancías en el puerto de descarga antes o durante la entrega de las mercancías. De lo contrario, se presumirá que se han entregado en la condición establecida en el conocimiento de embarque. En el caso de que la pérdida o el daño no fuesen aparentes deberá dar aviso a los tres días laborales siguientes (art. 282 en el que se fija el mismo plazo que en las Reglas de La Haya Visby). Resulta llamativa la ausencia de previsión acerca del aviso escrito en caso de retraso detallando los daños sufridos por las mercancías. La presentación de la notificación escrita no será necesaria en aquellos supuestos en los que las mercancías hayan sido inspeccionadas en el momento de la entrega, en presencia del transportista o de su representante y de la persona que recibe la mercancía. Esta obligatoriedad de dar aviso por escrito a modo de denuncia de la pérdida o daños sufridos, sigue la estela del artículo 3.6 RHV; a través de esta temprana notificación se pretende evitar que se trate de imputar daños o pérdidas ajenas a la responsabilidad del porteador.

44. El plazo de ejercicio de acciones será de un año computado desde el momento de la entrega de las mercancías o desde el momento en que las mercancías deben haber sido entregadas (art. 287).

45. Además, la Ley Federal Marítima presenta una especialidad al prever dos supuestos más en los que las reclamaciones no serán aceptadas en caso de plantearse en ausencia de motivo legítimo. De

³⁹ La “cláusula Himalaya” toma su denominación tras el caso *Adler v. Dickson* (“The Himalaya”), (1954) 2 Lloyd’s Rep, (1955) 1 QB 158 (1). Es aquella insertada en los conocimientos de embarque que tiene como finalidad extender a terceros concretos (dependientes, encargados o los agentes del porteador y los auxiliares independientes empleados por él) el beneficio de las exenciones, las limitaciones y otros derechos y acciones derivadas del conocimiento de embarque propios del porteador. Los beneficiarios de la protección Himalaya son sujetos que intervienen en el transporte marítimo de mercancías y que se pueden beneficiar de las exoneraciones y limitación de la responsabilidad de la que goza el porteador.

un lado, las reclamaciones contra terceros por parte de personas contra las que se haya formulado una reclamación, transcurridos noventa días desde la fecha en que la reclamación se haya formulado contra él o desde la fecha en que haya pagado la indemnización, aun cuando el plazo de un año haya expirado. Y de otro lado, en las reclamaciones de cantidad satisfechas de otro modo al legalmente previsto, después del vencimiento de un período de un año a partir del día en el cual la persona que busca la indemnización es conocedora de su derecho a reclamar.

7. La limitación de la responsabilidad

46. Una de las características principales de la regulación de la responsabilidad del porteador, y en especial del porteador marítimo, es el beneficio de limitar su responsabilidad en caso de daños, pérdidas o retraso en la entrega de las mercancías. La limitación de la deuda indemnizatoria en la Ley Federal Marítima Emirati se prevé en términos similares a los regulados en las Reglas de La Haya Visby, al prever dos sistemas para la limitación de la deuda indemnizatoria. De un lado, conforme al valor de las mercancías que figure en el conocimiento de embarque, que podrá ser en una cuantía superior a la legalmente establecida convencionalmente. Y, de otro lado, conforme a la fijación de una determinada cantidad calculada por bulto, unidad o peso (art. 276).

47. Para la determinación de la cuantía indemnizatoria conforme a la declaración prevista en el conocimiento de embarque es necesaria la concurrencia de dos presupuestos. En primer lugar, es necesaria una declaración de valor previa al embarque de las mercancías y debe especificar la naturaleza y valor de las mismas. En segundo lugar, se exige que tal declaración se inserte en el conocimiento de embarque (art. 276.3). Además, se exige que la declaración de valor realizada por el cargador no sea conscientemente falsa, puesto que de ser así el cargador perdería cualquier derecho de indemnización considerándose a su vez la declaración inexacta del valor de las mercancías como un incumplimiento grave del contrato por parte del cargador. La citada declaración constituirá presunción de veracidad, pero no obliga en todo caso al porteador, ya que podrá impugnarla demostrando que representa un menor valor real (art. 276.3). Por otro lado, en aquellos supuestos en los que el *container* no sea propiedad o no haya sido facilitado por el porteador y se pierda o destroce será considerado como una unidad independiente.

48. Es un hecho que para el porteador conocer con certeza el valor de las mercancías declaradas por el cargador es muy complejo por lo que podrá rechazarla al no recoger expresamente en el conocimiento de embarque el valor de las mismas, o en el caso de constar dicha declaración de valor, podrá hacer constar algún tipo de reserva para limitar el efecto probatorio del conocimiento de embarque.

49. Por otro lado, a falta de valor declarado, el límite indemnizatorio legalmente previsto será para las pérdidas o daños a las mercancías de diez mil dirhams por bulto o unidad, o la suma de treinta dirhams por kilogramo de peso bruto de las mercancías pérdidas o dañadas, aplicándose de ambos límites el más elevado (art. 276.1)⁴⁰. Si se utilizaran contenedores, bandejas de carga u otros medios de transporte similares para agrupar la carga, cualquier bulto o unidad que se hubiere enumerado en el conocimiento de embarque como incluido dentro de dicho medio de transporte será considerado como un bulto o unidad a los efectos de esta regla; de lo contrario, serán considerados como un solo bulto o unidad (art. 276.2).

50. A diferencia de lo que ocurre con el valor declarado en el conocimiento de embarque, el límite legal opera como límite máximo de resarcimiento, pero no como parámetro para fijar la indemnización máxima en caso de daño o pérdida parcial de las mercancías, puesto que el porteador y el cargador podrán fijar una indemnización más alta que la legalmente prevista (art. 276.4). Resulta llamativo sin embargo que pese a regular la responsabilidad por retraso en su articulado como planteamos con

⁴⁰ Frente al límite establecido en las Reglas de la Haya Visby para las pérdidas o daños a las mercancías de 666,67 unidades de cuenta por bulto o unidad, o 2 DEG por kilogramo de peso bruto de las mercancías pérdidas o dañadas, aplicándose de ambos límites el más elevado.

anterioridad, no exista previsión legal expresa en la que se determine la cuantía indemnizatoria debida en estos supuestos.

51. El régimen de responsabilidad se configura como una regulación beneficiosa para el porteador, que de la misma manera que en la normativa que regula el transporte marítimo internacional de mercancías y la de otros medios de transporte (aunque no bajo los mismos términos) limita su responsabilidad. Sin embargo, esta limitación de la responsabilidad no opera en cualquier caso, ya que en aquellos supuestos en los se pruebe que los daños, pérdidas o el retraso han sido causados por el porteador (o sus auxiliares) intencionadamente, o actuando de forma temeraria y con conciencia de su probabilidad, el porteador (o sus auxiliares) no podrá beneficiarse la limitación (art. 282, que sigue el mismo criterio que las Reglas de La Haya-Visby)”.

52. Con relación a la limitación de responsabilidad por créditos marítimos, es necesario señalar que el 4 de agosto de 1997, en virtud del Decreto Federal N° 118 de 1997, los Emiratos Árabes Unidos se adhirieron al Convenio de 1976 sobre la limitación de la responsabilidad por reclamaciones marítimas (“LLMC 1976”). Sin embargo, la adhesión no hacía referencia alguna al Protocolo de 1996 que modificó dicho Convenio, pese a que la citada adhesión era posterior a dicho Protocolo.

53. Esto ha sido la causa de cierta confusión, ya que técnicamente debería aplicarse la modificación más reciente del Convenio. Esta cuestión ha sido planteada en numerosas ocasiones al Ministerio de Justicia para su aclaración, pero en la actualidad no se ha recibido ninguna respuesta, puesto que no tienden a revertir rápidamente las consultas de esta naturaleza. Por otro lado, esta cuestión fue planteada al Tribunal de Casación de Dubai en 2008, y trató de resolver las dudas confirmando que el LLMC de 1976 tenía fuerza de ley en los Emiratos Árabes Unidos y a su vez reconoció el derecho del acusado a limitar la responsabilidad (sujeto a que un reclamante aportara pruebas para derrotar ese derecho). Por lo tanto, el tribunal de Dubai admitió que regía el texto de 1976, pero sin las enmiendas de 1996. Sin embargo, ante la ausencia de un sistema de precedentes (y hasta que los arts. 138-142 de la Ley Marítima Emirati no sean derogados), la cuestión sigue sin resolverse.

54. De hecho, hasta que se apruebe un nuevo decreto o el Ministerio de Justicia aclare la posición, se aplicará la limitación original de LLMC 1976. En la práctica, los letrados en EAU se han visto obligados a confiar en la Convención de 1976 (sin las enmiendas de 1996 -o ahora de 2012-). En consecuencia, un buen número de propietarios de buques preferiría la jurisdicción de los Emiratos Árabes Unidos para aprovechar el beneficio de la limitación de 1976 en contraposición a la de 1996 o 2012.

55. Dicho esto, la responsabilidad de demostrar el derecho a confiar en el LLMC 1976, está totalmente en el acusado. Pueden invocar el artículo 2, apartado 1, letra a), de la LLMC de 1976, que permite limitar la responsabilidad en los siniestros relativos a pérdidas o daños materiales (incluidos los daños a obras portuarias, cuencas y cursos de agua y ayudas a la navegación) ocurridos a bordo o en conexión directa con el funcionamiento del buque o con operaciones de salvamento, y las pérdidas consecuentes resultantes de ello. La identificación de “daños a la propiedad [...] que se producen a bordo o en conexión directa con el funcionamiento del buque” es bastante amplia y podría considerarse claramente que incluye la colisión si se apoya correctamente).

8. Transportes especiales

56. La Ley Federal Marítima emiratí prevé en su regulación un tratamiento especial a una serie de transportes, tal y como pasaremos a especificar a continuación. En primer lugar, se establece que si el buque está cargado con mercancías peligrosas, inflamables o explosivas, se faculta al porteador a retirar las mercancías del buque, destruirlas o eliminar el peligro que causan sin proporcionar ninguna compensación al cargador si demuestra que él no consentía su carga a bordo a pesar de que conocía su tipología o naturaleza (art. 271). Además, en estos supuestos el cargador será responsable de las pérdidas y daños

que surjan directa o indirectamente de las mercancías que se cargan en el buque. Si las mercancías de este tipo se cargan en el buque con el conocimiento y el consentimiento del porteador y se convierten en un peligro para el buque o la carga, estará permitido que se descarguen del buque, se destruyan o el peligro sea eliminado por el porteador sin responsabilidad sobre él, sino con respeto a las disposiciones de la media general, si procede.

57. Por otro lado, si el capitán encuentra a bordo del buque y antes de navegar cualquier mercancía no mencionada en el conocimiento de embarque o respecto de la cual las indicaciones dadas son contrarias a la verdad, estará autorizado para descargar dichas mercancías del buque en el lugar de carga o permitirá que permanezcan en el buque a cambio del pago de un flete más elevado pagadero por las mercancías de ese tipo en dicho lugar, sin perjuicio de cualquier indemnización que pudiera devengarse. En el caso de que dichas mercancías se encuentren durante la travesía, el capitán podrá ordenar que sean arrojadas al mar si estima que pueden causar daños al buque o a otras mercancías cargadas en él, si el transporte de las mismas puede suponer el pago de multas, o si su exportación este prohibida por ley (art.285). Cabe señalar que las previsiones anteriormente citadas no son derivadas de la legislación prevista en las Reglas de la Haya Visby.

58. En segundo lugar, con relación al transporte sobre cubierta se establece que, a excepción de la navegación costera, no se permite al porteador o a su representante cargar mercancías en la cubierta del buque, a menos que el cargador lo consienta por escrito o exista una costumbre que permita el transporte de ese modo en el puerto de carga (art. 273). El tratamiento otorgado al régimen del transporte sobre cubierta es una materia que ha experimentado una gran evolución desde sus comienzos hasta el día de hoy⁴¹; ha pasado de estar estrechamente relacionado con la estiba o navegabilidad del buque⁴², al consentimiento de transportarlo de ese modo a través de cláusulas contractuales, hasta la admisión de esta práctica con ciertas condiciones reguladas en los instrumentos convencionales que se ocupan del

⁴¹ Con anterioridad a la adopción de las Reglas de La Haya, era habitual realizar el transporte de ciertas mercancías sobre cubierta, por lo que en esos casos no quedaba constancia alguna en el conocimiento de embarque de que el transporte se realizaba de ese modo. Sin embargo, salvo costumbre en contrario, un cargador o receptor de mercancías que recibía las mercancías bajo un conocimiento de embarque limpio daba por hecho que las mercancías se transportan bajo cubierta. Se trata de un principio básico del transporte marítimo de mercancías que un conocimiento de embarque limpio, tanto antes de la adopción de las Reglas de La Haya como después, conlleva que la carga de las mercancías se realiza bajo cubierta. No hay ninguna disposición en ningún instrumento legal que así lo determine expresamente, pero se trataría de una regla implícita en la obligación del artículo 3.2 de realizar una estiba apropiada de las mercancías por entenderse que es el modo más seguro en el que estas son transportadas. Si bien es cierto que puede darse el caso en el que las circunstancias del transporte en concreto (p. ej., si ha entrado agua en las bodegas) obliguen al porteador a transportar las mercancías sobre cubierta para garantizar la indemnidad de las mismas. El cargamento que en el contrato de transporte se declara sobre cubierta queda expresamente excluido de la aplicación de las Reglas de La Haya (Visby) en su artículo 1 c).

La consecuencia de insertar en el conocimiento de embarque una anotación o cláusula en la que se establezca que las mercancías se transportan sobre cubierta es que las Reglas no son de aplicación, y unido a ello el porteador podrá insertar en el conocimiento de embarque cualquier estipulación que estime oportuna pudiendo quedar exento contractualmente de toda responsabilidad por pérdida o daño a las mercancías transportadas sobre cubierta. Evidentemente, podrá pactar cualquier cosa que no se le permita bajo la regulación de las Reglas, puesto que éstas no son de aplicación, pero aun así no queda eximido de la obligación de actuar de manera diligente y adecuada con relación a la carga-descarga, estiba-desestiba y cuidado de las mercancías.

En el caso de que se transporten las mercancías sobre cubierta y no se haya plasmado en el conocimiento de embarque, nos encontraremos ante un supuesto de incumplimiento contractual y el porteador será responsable de cualquier pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías que hayan acaecido durante el período en el que las mercancías están en cubierta. El transporte sobre cubierta en ningún caso podrá ser considerado como una estiba adecuada de las mercancías, ni podrá afirmarse que el porteador ha cumplido con la obligación del artículo 3.2 en la que se le exige que “proceda de manera apropiada y cuidadosa a la carga, conservación, estiba, transporte, custodia, cuidado y descarga de las mercancías transportadas”. En consecuencia, el porteador no podrá alegar en su defensa las disposiciones del artículo 4.2 a) y q), en las que el porteador quedaría exonerado de responsabilidad por la pérdida o daños que provengan de: a) De actos, negligencia o falta del capitán, marinero o práctico o del personal destinado por el porteador a la navegación o manejo del buque. q) De cualquier otra causa que no proceda del hecho o falta del porteador, de los agentes o empleados del porteador.

⁴² En el derecho americano, el transporte sobre cubierta recibe el mismo tratamiento un incumplimiento contractual por desvío de la ruta pactada; en concreto y por las diferencias más que evidentes entre ambas se trata como una “*quasi-deviation*”. Vid. J.F. WHITEHEAD, “Deviation: Should the doctrine apply to on-deck carriage?”, *6 Mar. Law.* 37, 1981, pp. 37-49.

transporte marítimo de mercancías⁴³. Además, la legislación emiratí precisa que la regulación sobre la responsabilidad de porteador prevista en la Legislación Federal Marítima no es de aplicación a la mercancía que, según lo pactado, deba ser transportada en cubierta y sea transportada de ese modo, ni al transporte de animales vivos (art. 284).

59. En tercer lugar, la Ley emiratí faculta a las partes contratantes para pactar disposiciones de responsabilidad contrarias a las establecidas en los artículos anteriormente citados, en relación con la navegación costera y también en otros tipos de navegación si la naturaleza de las mercancías que se han de transportar o las condiciones de embarque son excepcionales y por lo tanto, las condiciones en las que debe realizarse el transporte son tales que justifican la celebración de un contrato especial a este respecto. La validez de tales pactos dependerá de los cuatro siguientes aspectos: Primero, no debe ser contrario al orden público. Segundo, no debe relacionarse con el cuidado que deben ejercer los empleados o agentes del transportista o su diligencia en relación con la carga, el almacenamiento, el apilamiento, el transporte, la conservación y el cuidado de las mercancías transportadas en el mar o su descarga. Tercero, no debe expedirse un conocimiento de embarque. Cuarto, el pacto deberá redactarse sobre un recibo no negociable en el que se prevean las indicaciones para el transporte (art. 280).

III. Nuevos horizontes

El borrador de la nueva regulación marítima

60. La regulación marítima de Emiratos Árabes Unidos, se encuentra en un proceso de modernización y adaptación desde 2010, siendo los objetivos principales para Emiratos Árabes Unidos el

⁴³ El transporte de mercancías sobre cubierta queda expresamente regulado en las Reglas de Hamburgo. Pese a la ausencia de definición expresa de qué debe ser entendido como transporte sobre cubierta, o referencia a tal concepto dentro de la definición de “mercancías” del artículo 1.5, tales Reglas se ocupan de la regulación del transporte de mercancías sobre cubierta en su artículo 9. En el primer apartado de dicho precepto se le permite al porteador el transporte de mercancías sobre cubierta bajo unas condiciones, y las excepciones a tal facultad se van detallando a lo largo del artículo. El transporte de mercancías sobre cubierta queda dentro del ámbito de aplicación de las Reglas de Hamburgo si el porteador así lo ha convenido con el cargador, o si así lo exigen los usos del comercio o disposiciones legales relativas a la carga a transportar (artículo 9.1). En los casos en los que el porteador y cargador hayan acordado el transporte sobre cubierta, el porteador deberá realizar una declaración en la que se ponga de manifiesto esta situación bien en el conocimiento de embarque o en cualquier otro documento que sirva como contrato de transporte marítimo. En el caso de que no se efectúe tal declaración, el porteador deberá probar que se ha celebrado un contrato de transporte de mercancías sobre cubierta, pero tal acuerdo no podrá ser invocado válidamente contra un tercero, incluido un consignatario que haya adquirido el conocimiento de embarque de buena fe, (art. 9.2). Las consecuencias de transportar las mercancías sobre cubierta contraviniendo las previsiones legales establecidas en las Reglas o cuando el porteador no puede invocar ningún tipo de acuerdo (no obstante pueda probar que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus resultados) será la declaración de responsabilidad del porteador por la pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías que provengan de esta modalidad de transporte. El alcance de la responsabilidad del porteador será determinado caso por caso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 relativo a la «Limitación de la responsabilidad» o en el artículo 8 “Pérdida del derecho de limitación de la responsabilidad” (art. 9.3). En cualquier caso, si se efectúa el transporte de las mercancías sobre cubierta contraviniendo el acuerdo expreso de transportarlas bajo cubierta se considerará una acción u omisión del porteador bajo los términos del artículo 8 (art. 9.4).

El texto de la disposición que regula la limitación de la responsabilidad recuerda al de las Reglas de La Haya Visby, con un matiz de dificultosa prueba para el demandante. El demandante deberá probar que el porteador causó el perjuicio intencionalmente –tal y como establecen las Reglas de La Haya-Visby– o que actuó de manera imprudente con el conocimiento de que tal pérdida, daño o retraso en la entrega sucedería.

Las Reglas de Rotterdam prevén un especial y complejo mini-régimen con relación a las mercancías transportadas sobre cubierta en el que se establecen unas normas especiales en torno a la responsabilidad del porteador. En la regulación prevista en el artículo 25, se permite el transporte de mercancías sobre cubierta de un buque en tres casos: a) Cuando así lo exige alguna normativa aplicable. b) En aquellos casos en los que las “mercancías se transportan en o sobre contenedores o en o sobre vehículos adecuados para su transporte sobre cubierta, que viajen sobre cubiertas especialmente equipadas para el transporte de tales contenedores o vehículos” [art. 25.1.b) RR]. c) Cuando el transporte sobre cubierta se hace “conforme a lo estipulado en el contrato de transporte, o conforme a la costumbre o los usos del comercio o a la práctica del tráfico” [art. 25.1.c) RR]. Cualquier otra razón o motivo alegado para realizar el transporte sobre cubierta sería injustificado y supondría un incumplimiento contractual que activaría las reglas de responsabilidad especialmente previstas en el artículo 25.3 RR.

impulsar el comercio local y extranjero, así como preservar el medio ambiente, garantizar la seguridad de los buques y las vidas, y el desarrollo de la flota moderna eficiente.

61. En concreto, el Consejo Federal Nacional en su séptima sesión, el 25 de enero de 2011, revisó una respuesta escrita del teniente general Sheikh Saif bin Zayed Al Nahyan, viceprimer ministro y ministro del Interior, a una moción planteada por el miembro del Consejo Federal Nacional Sultán Saqr Al Suwaidi, mediante la cual se aprobó el Proyecto de Ley Federal sobre “Derecho marítimo” después de un debate y revisión de sus 433 artículos con el Jeque Hamdan bin Mubarak Al Nahyan, Ministro de Obras Públicas, Presidente de la Autoridad Nacional de Transporte y Presidente del Consejo Nacional de Medios. Durante la sesión el Consejo Federal Nacional recomendó que se hiciera más hincapié en la capacitación de los jueces en el campo del derecho marítimo y que se promulgaran los reglamentos del proyecto de ley para que estuvieran listos cuando la ley entrara en vigor. Afirmando en este sentido el Jeque Hamdan que los reglamentos ejecutivos estaban listos y que se presentaría en breve al Gabinete⁴⁴.

62. A pesar de que el “Proyecto de Ley Marítima” de EAU estuviera muy avanzado en 2011, por motivos que escapan de nuestro conocimiento no ha sido hasta 2017 cuando se ha vuelto a impulsar dicho proyecto, que se prevé que se materialice a finales del presente año al encontrarse en la actualidad en segunda fase y declararse el interés nacional en la materia. Sobre esta cuestión se tuvo conocimiento concretamente el 5 de abril de 2017, en el seno del Congreso que tuvo lugar en el Centro Emirati para el Arbitraje Marítimo (EMAC), en el que se reunieron grandes figuras del derecho marítimo emiratí y empresarios. Lamentablemente no podemos entrar a valorar el contenido del Proyecto puesto que solo tienen acceso al mismo unos pocos privilegiados.

63. Entre las razones aducidas en pro de la necesidad de modernizar el derecho marítimo emiratí, además de la necesaria adaptación de la legislación a la realidad de la industria naviera, se dieron razones de índole económica al afirmar que sólo un 9 por ciento de la cantidad total (75 millones de dólares anuales) que genera la industria marítima en EAU permanece en Emiratos. En ese sentido, se manifestó la necesidad de que el dinero permaneciera en el país con el fin de crear nuevas oportunidades en el mismo. Por otro lado, se hizo especial hincapié en que la Ley vigente de los EAU no alentaba a los armadores nacionales de los Emiratos Árabes Unidos o internacionales que registraran sus buques en EAU, situación que se prevé que cambie con la entrada en vigor de la nueva Ley⁴⁵.

1. Postura de los Emiratos Árabes Unidos frente a la regulación Convencional en materia de Transporte Marítimo Internacional de Mercancías

64. El transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque se encuentra regulado en la actualidad por el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimiento de Embarque suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924, que fue modificado posteriormente por los Protocolos Modificatorios de 1968 y 1979 respectivamente. Y por el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 31 de marzo de 1978 (“Reglas de Hamburgo”, en adelante RHamb).

65. Desde la perspectiva del mundo árabe cabe señalar que son pocos los países miembros de los Convenios Internacionales de Transporte de mercancías por vía marítima. Sólo Argelia y Kuwait son

⁴⁴ Comunicación del “Federal Transport Authority – Land&Marine” en <http://fta.gov.ae/en/2011/01/23/federal-national-council-approves-the-draft-maritime-law/>; <http://www.emirates247.com/news/emirates/fnc-approves-draft-maritime-law-for-uae-2011-01-25-1.346868>.

⁴⁵ Vid. A. STAPLES, “Draft maritime law intended to boost UAE maritime sector”, <http://gulfnnews.com/business/sectors/shipping/draft-maritime-law-intended-to-boost-uae-shipping-sector-1.2005723>. Noticia de la que a su vez se han hecho eco en distintas páginas webs : <http://www.emac.org.ae/en/Resources/MediaCentre/NewsDetails?NewsID=45> ; <http://www.theoath-me.com/uaes-new-draft-maritime-law-discussed/> ; <http://www.marasinews.com/top-news/emac-addresses-uae%E2%80%99s-new-draft-maritime-law/> ; <http://globalsupplychainforum.com/draft-maritime-law-intended-to-boost-uae-shipping-sector/> (consultado el 17 de junio de 2017).

parte de las Reglas de la Haya. Egipto y Líbano fueron parte de las Reglas de la Haya Visby hasta que las denunciaron para pasar a ser parte de las Reglas de Hamburgo. Afirmación que podría hacerse extensible a Siria a pesar de que su denuncia no se ha reportado⁴⁶. Mientras que las Reglas de Hamburgo son de aplicables en Egipto, Líbano, Jordania, Túnez y Marruecos. La mayoría de los países árabes han optado por relegar la regulación del transporte marítimo de mercancías a su regulación nacional a pesar de ser una materia *per se* internacional. Es el caso de Emiratos Árabes Unidos, que pese no haber ratificado ningún convenio presenta una regulación convencional influenciada por las Reglas de la Haya.

66. Como queda señalado, los Emiratos Árabes Unidos no son parte de las Reglas de la Haya, Haya Visby ni Hamburgo. Mas, ¿cuál es la postura frente al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo o Reglas de Rotterdam? El 24 de enero de 2008, el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL dio por finalizado su trabajo, quedando el proyecto de Convenio a la espera de su discusión y posterior aprobación por la Comisión de UNCITRAL⁴⁷. Hecho que tuvo lugar coincidiendo con el 41º período de sesiones celebrado en Nueva York. En el seno de la Sexta Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea General, se adoptó la resolución aprobatoria del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (“Reglas de Rotterdam”, en adelante RR). La ceremonia oficial de firma tuvo lugar en la ciudad holandesa que da nombre al Convenio (Rotterdam) el 23 de septiembre de 2009⁴⁸.

67. Las Reglas de Rotterdam son el fruto de un largo proceso⁴⁹ en el que se intenta sustituir las Reglas preexistentes, respondiendo así a las nuevas necesidades del transporte marítimo de mercancías⁵⁰. En su texto se establece que los países que suscriban y ratifiquen las Reglas de Rotterdam deberán denunciar simultáneamente el régimen internacional al que se hubieran adherido, Reglas de la Haya Visby o Reglas de Hamburgo (art. 89.1 y 2 RR). En este punto se manifiesta la vocación de uniformidad centenaria del transporte marítimo de mercancías. Las Reglas ofrecen un marco jurídico en el que se tienen en cuenta novedades tanto tecnológicas como comerciales que se han producido en los transportes marítimos desde la adopción de las Reglas de la Haya Visby o de las Reglas de Hamburgo. Concretamente el aumento del transporte en contenedores, el deseo de englobar en un único contrato el transporte de puerta a puerta⁵¹, y la aparición de los documentos electrónicos de transporte.

⁴⁶ *Vid.* CMI Yearbook 2009, p. 443 y 448.

⁴⁷ *Vid.* A. DIAMOND, “The next sea carriage Convention?”, *LMCLQ* 289-446, Parte 3ª, 2008, pp. 135-187. El autor realiza un análisis detallado del borrador presentado y cuestiona hasta qué punto la Comisión está realizando una labor en pro del transporte marítimo internacional de mercancías. Con posterioridad, Francesco BERLINGIERI analiza el artículo de Anthony DIAMOND en: F. BERLINGIERI, “Revisiting the Rotterdam Rules”, *LMCLQ*, 585, 2010, pp. 583-639.

⁴⁸ Dieciséis países (Congo, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Gabón, Ghana, Grecia, Guinea, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Polonia, Senegal, Suiza y Togo) expresaron oficialmente su apoyo al nuevo Convenio de las Naciones Unidas. Sin embargo, es llamativa la ausencia del Reino Unido, país con una extensa tradición marítima, China superpotencia emergente en la que el transporte marítimo de mercancías cobra cada día mayor importancia o Australia que pese a haber participado en las negociaciones de las Reglas ni siquiera llegó a firmarlas.

⁴⁹ Sobre el origen de las Reglas de Rotterdam y la evolución normativa de la responsabilidad del porteador marítimo en las Reglas de la Haya, Haya-Visby, Reglas de Hamburgo, Reglas de Rotterdam y Ley de Navegación Marítima Española (Ley 14/2004, de 24 de julio), *vid.* S. BADIOLA COCA, *La responsabilidad del porteador marítimo en las Reglas de Rotterdam*, (Tesis Doctoral inédita), Departamento de Derecho Privado, Internacional y de la Empresa, Universidad de Navarra.

⁵⁰ Han manifestado su total apoyo a las Reglas de Rotterdam entre otras las siguientes Organizaciones Marítimas Internacionales: a) El Comité Marítimo Internacional (http://www.UNCITRAL.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/CMI_endorsment_17October2008.pdf) b) La National Transportation League (http://www.UNCITRAL.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules7NITL_endorsment_5May2009.pdf) c) La Comisión de transporte y Logística de la Cámara de Comercio Internacional (http://www.UNCITRAL.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/ICC_statement_27May2009.pdf) d) La Asociación de Armadores de la Unión Europea (http://www.UNCITRAL.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/ESC_PositionPaper_March2009.pdf) (consultadas el 28 de marzo de 2017).

⁵¹ A diferencia de sus antecesores, especialmente de las Reglas de la Haya Visby, regula la responsabilidad en los trayectos “house to house” o “door to door”, respondiendo a las necesidades comerciales vigentes, en las que un sistema de responsabilidad “port to port” o “tackle to tackle” es insuficiente en cuanto a soluciones integrales para la realidad de las operaciones de comercio internacional y el equilibrio que debe existir entre cargadores y transportistas.

68. En referencia a la cuestión más relevante del contrato de transporte, la responsabilidad del porteador marítimo, debemos resaltar que en las Reglas de Rotterdam esta materia adquiere una mayor relevancia por regular el transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. El Convenio brinda a los cargadores y porteadores un régimen universal vinculante y equilibrado que regula el funcionamiento de los contratos marítimos de transporte que puedan comprender otros modos de transporte (aéreo, terrestres por carretera o ferrocarril o por vías navegables interiores), hecho que supone un gran avance frente a sus predecesoras al uniformizar el régimen de transporte internacional de mercancías. Con la única excepción en cuanto a la uniformidad normativa de los contratos “puerto a puerto”.

69. El texto profuso y extenso de las Reglas de Rotterdam ha sido elogiado⁵² y denostado⁵³ por parte de los propios técnicos para la redacción de las Reglas. A nuestro juicio entendemos que pese a representar con carácter general una mejora en la regulación de la responsabilidad del porteador, adolece de graves deficiencias o incluso errores en su regulación que se traducirán en conflictos en su aplicación práctica. Defectos que procederé a detallar brevemente a continuación: 1. No queda suficientemente acreditada la naturaleza de las normas de las Reglas de Rotterdam sobre la responsabilidad del porteador, puesto que el Convenio no realiza en su texto una declaración sobre el carácter imperativo de estas normas y, en consecuencia, surgen dudas sobre si el ámbito válido de la normativa contractual se limita a la responsabilidad del porteador en el tramo marítimo. 2. Las Reglas de Rotterdam regulan la responsabilidad por retraso (supuesto de responsabilidad no regulado en las Reglas de la Haya Visby), remitiéndose al incumplimiento de la entrega de las mercancías en el “plazo acordado” para declarar la responsabilidad del porteador; pero no prevé criterio subsidiario alguno en defecto de pacto. La inexistencia de un criterio subsidiario como “plazo razonable de entrega” o “plazo usual de entrega” limita notablemente la eficacia del precepto. 3. El sistema de distribución de la carga de la prueba es

⁵² Defectos del texto Convencional que se convierten en virtudes para ALBA que declara que «Las Reglas de Rotterdam cuentan con una sistemática más lograda y acorde con la naturaleza contractual del fenómeno que regulan. Incluyen materias y acogen soluciones que se resumen en un régimen más amplio, consistente y actualizado que las Reglas de la Haya Visby. Su variable complejidad (que no hace sino reflejar la que frecuentemente muestra también la práctica contractual del transporte) encuentra contrapeso en la precisión a la que aspiran algunas de dichas soluciones, y su estudio revela que muchas veces «lo bueno está en los detalles». En términos generales, el Convenio está por tanto más y mejor equipado para proporcionar un marco uniforme al contrato de transporte que la normativa con la que en la actualidad contamos. Si, por otro lado, se compara con las Reglas de Hamburgo (en las que las de Rotterdam están claramente inspiradas en muchos aspectos), el Convenio de 2008, entre otras, cuenta con una ventaja que no puede ser menospreciada, cuales son su viabilidad y perspectivas de aceptación”. Vid. M. ALBA FERNÁNDEZ, “Las Reglas de Rotterdam: Tercera vía e instrumento para la modernización del régimen del contrato de transporte internacional de mercancías (Síntesis)”, Texto proporcionado durante las *XVII Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Organizadas por la Universidad del País Vasco y la Escuela de Administración Marítima del Gobierno Vasco.

⁵³ TETLEY sentenciaba de manera esquemática que: “1. El borrador final: a) El borrador final del Convenio es mucho más que eso, ya que un borrador final ofrece un producto más simple y mucho más coherente. b) El estilo general del borrador es el del derecho anglosajón, pero está desprovisto de «precisión». c) Por otro lado, el sistema de derecho civil también está presente en el texto pero carece de una de sus principales notas distintivas la «concisión». d) Las Reglas de la Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo mezclan con acierto ambos sistemas legales («*common law*» y «*civil law*») pero no podemos olvidar que tienen tras de sí más de cien años de práctica y son entendidas por los empresarios, abogados, jueces y es respaldado por la jurisprudencia. 2. Las Reglas de Rotterdam son muy extensas y difícilmente inteligibles por los operadores marítimos. 3. Las Reglas de Rotterdam son extremadamente complejas y difíciles de entender. 4. No son una ley de contratos de transporte o de transporte multimodal sino una ley de contratos. 5. Ofrecen múltiples y diversos contratos que no se ciñen al transporte marítimo de mercancías, P.ej., un proyecto de regulación parcial del conocimiento de embarque. 6. Existen múltiples excepciones a las Reglas. 7. Se puede elegir por la suscripción o no de parte del Convenio, los capítulos relativos a la jurisdicción y arbitraje. 8. El estilo, sistemática y lenguaje de las Reglas de Rotterdam no son familiares a la práctica actual”. Vid. W. TETLEY, “Summary of General Criticisms of the UNCITRAL Convention («The Rotterdam Rules»)”, en https://secureweb.mcgill.ca/maritimelaw/sites/mcgill.ca.maritimelaw/files/Tetley_Criticism_of_Rotterdam_Rules.pdf de 5 de noviembre de 2008. Críticas que el autor amplió con posterioridad añadiendo a las cuestiones anteriores precisiones sobre aspectos determinados del Convenio dando ejemplos de los mismos concretamente sobre: 1. Su alcance limitado. 2. Su complejidad. 3. Las ambigüedades existentes. 4. Deficiencias. 5. Disposiciones irracionales. Sentenciando finalmente que: “Creo firmemente y recomiendo la oposición a las Reglas de Rotterdam, de manera que no sean ni firmadas ni aprobadas, estimando que deben ser devueltas al Grupo III de UNCITRAL para su revisión. Debiéndose adoptar sin embargo, el Convenio Internacional de Transporte Multimodal de Mercancías de 1980”. Vid. W. TETLEY, en https://secureweb.mcgill.ca/maritimelaw/sites/mcgill.ca.maritimelaw/files/Summary_of_Criticism_of_UNCITRAL_No_1.pdf, 20 de diciembre de 2008.

manifiestamente complejo. 4. Facultan al porteador (o a una parte ejecutante) a descargar, destruir, sacrificar o hacer inofensivas las mercancías si constituyen o puede razonablemente preverse que llegarán a constituir, durante el período de responsabilidad del porteador, un peligro real para las personas, los bienes o el medioambiente. Sin embargo, no pone límites a tal discrecionalidad ni delimita qué deba entenderse por “razonablemente”. 5. La regulación de la responsabilidad del porteador por actos ajenos es más completa y rigurosa que la presente en las Reglas de la Haya Visby y las Reglas de Hamburgo. Las Reglas de Rotterdam crean al efecto dos nuevas figuras “la parte ejecutante” y “la parte ejecutante marítima”, pero las “partes ejecutantes (no marítimas)” no se configuran como sujetos responsables bajo las Reglas de Rotterdam.

70. Analizando las Reglas de Rotterdam desde una perspectiva árabe, debemos inexorablemente hacer referencia a “La declaración de Alejandría sobre las Reglas de Rotterdam de 2010»⁵⁴ proclamada por la Liga Árabe⁵⁵. La Liga Árabe es una organización internacional formada por Estados árabes de Oriente Medio y el Magreb⁵⁶, fundada el 22 de marzo de 1945 cuyo objetivo principal es lograr la coordinación de la acción política para obtener una colaboración estrecha entre todos ellos como medio de salvaguardar su independencia y su soberanía. El objetivo declarado de dicha organización conlleva la colaboración de sus miembros en cuestiones económicas y financieras, intercambios comerciales, cuestiones aduaneras, agrícolas, sanitarias y judiciales entre otras.

71. Los países integrantes de la Liga Árabe, como organización internacional regional, comparten los mismos intereses navieros. Por ese motivo, a pesar de que sus integrantes no tuvieran un papel activo, más bien reactivo durante las negociaciones previas a la adopción de las Reglas de Rotterdam, tras su firma dedicaron sus esfuerzos a evaluar el Convenio. Concretamente, del 2 al 3 de febrero de 2010, 15 delegaciones de países de la Liga Árabe (Dijibuti, Egipto, Iraq, Jordania, Kuwait, Libia, Marruecos, Omán, Palestina, Catar, Arabia Saudí, Sudán, Siria, Túnez y Yemen) junto con numerosas Federaciones Árabes relacionadas con el transporte marítimo (la Federación Árabe de Logística y Fletamento, la Federación Árabe de porteadores marítimos, o la Federación de Cámaras de Comercio Árabes, entre otras) se reunieron en el campus de la Universidad Internacional de Transporte y Logística de Abu Qir en Alejandría (Egipto)⁵⁷.

72. La mayoría de las delegaciones e instituciones que tomaron parte en el congreso se mostraron favorables a las Reglas de Rotterdam y resaltaron la necesidad de lograr uniformidad en el ámbito del transporte marítimo de mercancías, siendo las críticas más recurrentes las referidas a la mala traducción del texto al árabe⁵⁸. La actitud favorable ante las Reglas se materializó finalmente en “La declaración de Alejandría sobre las Reglas de Rotterdam de 2010”, comunicado mediante el cual se aconsejaba a los países miembro de la Liga Árabe a firmar conjuntamente las Reglas de Rotterdam en aras de lograr la ansiada uniformidad en la materia. Dicha declaración se presenta sin duda alguna como un ejemplo de la cooperación técnica de los países árabes, y del papel de los mismos de apoyo al texto convencional dejando de tener una postura neutral en materia de regulación convencional del transporte marítimo de mercancías.

73. A pesar de que Emiratos Árabes Unidos, es miembro de la Liga Árabe no acudió al Congreso de Alejandría, y de acuerdo con la información disponible, la firma o ratificación de las Reglas de

⁵⁴ Comunicado de prensa emitido por la Academia Árabe para la Ciencia, Tecnología y Transporte Marítimo, disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/english/news/ArabPressReleaseRR.pdf> (Consultado el 15 de junio de 2017).

⁵⁵ Vid. B. HATINGER, *The League of Arab States*, Grin Verlag, Berlin, 2008.

⁵⁶ Los países integrantes son: Egipto, Irak, Jordania, Líbano, Arabia Saudita, Siria, Yemen, Libia, Sudán, Marruecos, Túnez, Kuwait, Argelia, Emiratos Árabes Unidos, Bahréin, Catar, Omán, Mauritania, Somalia, Palestina, Yibuti y las islas Comoras. Y cinco observadores: Armenia, Chad, Turquía, India y Venezuela.

⁵⁷ Vid. N. M. IBRAHIM, “The 2008 Rotterdam Rules: An Arab World Perspective”, p. 10. Disponible en <http://www.rotterdamrules.com/sites/default/files/Ibrahim%2C%20Arab%20World%20Perspective%20on%20RR.pdf> (Consultado el 14 de junio de 2017).

⁵⁸ *In extenso*, vid. IBRAHIM, “The 2008 Rotterdam Rules...”, *op.cit.*, pp. 10-11.

Rotterdam no se encuentra en la agenda de EAU ni de ningún país del Golfo. Desconocemos el motivo del silencio de Emiratos acerca de la conveniencia o no de la firma del citado instrumento internacional. Empero, entendemos que quizá desde la postura de EAU como país cargador y altamente proteccionista de sus intereses, se puede concluir que las Reglas de Rotterdam perjudican los derechos legales de los cargadores en favor de los porteadores al presentar un sistema de carga de la prueba sumamente complejo que dificulta sobremanera que los cargadores obtengan una indemnización suficiente que cubra sus pérdidas económicas por los daños, pérdidas o retraso en la entrega de las mercancías⁵⁹.

74. En la actualidad son 24⁶⁰ los países firmantes del Convenio⁶¹, siendo España⁶² el primer país, seguido por Togo y el Congo⁶³, los únicos que han procedido a la ratificación del mismo. Es evidente que acudir al acto de firma no conlleva consecuencia jurídica alguna para ninguno de los Estados asistentes al mismo, a diferencia la ratificación y adhesión al mismo.

75. Las Reglas de Rotterdam todavía no han entrado en vigor, puesto que como reza su artículo 94.1: “El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”. Las exigencias para que este Convenio entre en vigor, como ya es costumbre, son bastante bajas puesto que se necesita la ratificación de 20 países de los 195 países existentes en el mundo. Es muy probable, por tanto, que los países firmantes estén reconsiderando su decisión y preguntándose si el resto de países depositarán sus firmas. Además, debe señalarse que si no obtiene un gran número de ratificaciones podría incluso derivar en un aumento significativo de la normativa internacional complicando indiscutiblemente la heterogeneidad reguladora de este sector. Podríamos afirmar entonces que es beneficioso en aras de la uniformidad en la materia que las Reglas de Rotterdam se mantengan en *stand by* mientras no gocen del suficiente respaldo internacional⁶⁴.

⁵⁹ Vid. T. WASFY, “United Arab Emirates: Ratifying the Rotterdam Rules: Risk for shippers in the UAE”, Disponible en <http://www.mondaq.com/x/149738/Maritime+Transport/Ratifying+the+Rotterdam+Rules+Risks+For+Shippers+In+The+UAE> (Consultado el 16 de junio de 2017).

⁶⁰ Los países firmantes de las Reglas de Rotterdam en la actualidad son: Armenia, Camerún, Congo, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Gabón, Ghana, Grecia, Guinea, Guinea-Bissau, Luxemburgo, Madagascar, Malí, Níger, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Polonia, República Democrática del Congo, Senegal, Suecia, Suiza y Togo.

Las partes en las Reglas de Rotterdam pueden ser tanto países de la Unión Europea como la propia Unión Europea tal y como se desprende de los artículos 88 y 93 RR respectivamente. Sin embargo, hasta marzo de 2016 sólo los siguientes estados han firmado: Dinamarca, Grecia, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia y España. El principal problema en este sentido es la competencia interna de la Unión Europea. La Unión Europea tiene competencia interna para legislar en el ámbito del transporte internacional, lo que significa que la Unión tiene competencia para regular la responsabilidad del transporte multimodal por directivas o reglamentos. Sin embargo, una cuestión más compleja de resolver es determinar si la Unión Europea tiene también competencia externa en el área, y cuáles son las consecuencias si la Unión Europea hace uso de esta competencia. De hecho la problemática se nos presenta con relación a la competencia de la Unión Europea para entrar en las Convenciones Internacionales como es en el caso que nos ocupa las Reglas de Rotterdam, o para concertar una nueva convención en la Unión Europea sobre el transporte multimodal. Esta problemática es desarrollada brillantemente por EFTESTÖL-WILHELMSSON: Vid. E. EFTESTÖL-WILHELMSSON, “The Rotterdam Rules in a European multimodal context”, *16 JIML*, 2010, pp. 274-288, ídem, *European sustainable carriage of goods: The Role of Contract Law*, Routledge, London, 2015, «Towards a Common EU Framework for Multimodal Contracts of Carriage?», *Current Issues in Hong Kong and International Maritime Law*, Minkang, G., Liang, Z., (Eds.), CityU School of Law Hong Kong, 2015, pp. 67-79.

⁶¹ Vid. sobre el estado del Convenio: http://www.UNCITRAL.org/UNCITRAL/es/UNCITRAL_texts/transport_goods/rotterdam_status.html.

⁶² Vid. C. SALINAS ADELANTADO, “Qué son y por qué España debe ratificar ya las Reglas de Rotterdam”, *LegalToday*, 12 febrero 2010. Para RECALDE la resolución del Parlamento Europeo del 5 de mayo de 2010 sobre “Objetivos estratégicos y recomendaciones para la política de transporte marítimo de la UE (2009/2095 (INI)” en la que se pedía a los Estados Miembros que procedieran a firmar, ratificar y aplicar las Reglas de Rotterdam pudo suponer una gran influencia en el Parlamento español. Sin embargo, es destacable que dicha resolución carece de poder vinculante para los Estados. De hecho, desde que fue aprobada no ha tenido efecto en ningún otro estado europeo. Vid. A. RECALDE CASTELLS, “Reflections on Spain’s Decision to Ratify the Rotterdam Rules”, *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2011-2013*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015, p. 68.

⁶³ Togo ratificó las Reglas de Rotterdam el 17 de julio de 2012, mientras que el Congo las ratificó el 28 de enero de 2014.

⁶⁴ Vid. T. NIKAKI, B. SOYER, “A new International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive AND Efficient, or Just Another for the Shelves”, *30 Berkeley J. Int’l Law*. 303 (2012), pp. 303-348.

IV. Consideraciones finales

76. El transporte marítimo es y ha sido tradicionalmente el medio de transporte más utilizado para el transporte de mercancías a nivel internacional. Por ese motivo, la regulación de dicha materia es una cuestión de vital importancia para la buena salud de la industria naviera de un país, al tener la misma influencia directa en su desarrollo social y económico. Un óptimo grado de desarrollo del transporte es uno de los aspectos fundamentales para las economías globalizadas de la sociedad actual, al tratarse del pilar en el que se sustenta el comercio internacional.

77. En este sentido, siendo consciente de los retos a los que se enfrenta la industria marítima mundial y en aras de adelantarse a solventar todos aquellos conflictos que podrían obstaculizar su progreso, Emiratos Árabes Unidos ha demostrado flexibilidad y voluntad de cambio para erigirse en un lugar seguro ante las tormentas por venir. La ubicación estratégica de Emiratos entre Europa, Asia y África, hace que el sector marítimo sea especialmente importante para la economía emiratí y, conscientes de ello, es notable el trabajo de sus gobernantes para mejorar sus clusters marítimos y hacer de Dubai concretamente una de las mejores capitales marítimas del mundo antes de 2020. Fecha en la que tendrá lugar la Expo de Dubai y para la que EAU está realizando grandes inversiones. El puerto de Jebal Ali se erige como uno de los principales centros marítimos internacionales ocupando el noveno puesto de los puertos más transitados del mundo; y el puerto de Fujairah es el cuarto puerto de suministro de búnker más grande del mundo. A su vez, los EAU han creado “TASNEEF”, que a pesar de su corta vida se está convirtiendo rápidamente en una de las sociedades de clasificación más reconocidas y valoradas de la región.

78. El futuro inmediato de la industria marítima de los Emiratos Árabes Unidos es prometedor. Recientemente, Dubai inauguró el primer centro de arbitraje marítimo en la región, denominado Centro de Arbitraje Marítimo de los Emiratos (EMAC), que se espera ocupe su lugar entre los otros centros de arbitraje internacionalmente reconocidos como el LMMA (“*London Maritime Arbitrators Association*”) y el SCMA (“*Singapore Chamber of Maritime Arbitration*”). Además, como manifestamos con anterioridad, también se espera que a finales del presente año entre en vigor un nuevo código marítimo que modernizará la regulación de muchos aspectos marítimos en los Emiratos Árabes Unidos y que tiene como finalidad erigirse en modelo legislativo para otros países de la región. Legislación que entendemos que actualizará mínimamente el régimen de responsabilidad del porteador al tomar como referencia en la redacción de su borrador las Reglas de Hamburgo⁶⁵, por entenderse que equilibra adecuadamente los intereses de los porteadores y cargadores.

79. La adopción de un régimen legal concreto en la regulación del contrato de transporte marítimo de mercancías depende del conflicto de intereses entre los cargadores y los porteadores. Muchos países árabes, por la naturaleza de su comercio, se dedican predominantemente a actividades de importación y exportación en lugar de poseer flotas para llevar a cabo el transporte de estos bienes. La presencia de importantes empresas navieras en los diferentes Estados no significa que el país sea porteador, ya que estas agencias son sólo agentes que tienen acciones o intereses en compañías marítimas propiedad de otros países. Por lo tanto, en el caso de los Emiratos Árabes Unidos, país que carece navieras propias, entendemos que debe examinarse detenidamente cualquier convención internacional antes proceder a su firma y ratificación para salvaguardar sus propios intereses.

80. En la actualidad es una realidad la disipación de la acentuada distinción existente antaño entre países porteadores y países cargadores; junto con la generalización del transporte puerta a puerta facilitado principalmente por el uso del contenedor como recipiente de carga. Por ese motivo, entendemos que Emiratos Árabes Unidos debe rechazar una evaluación simplista de la regulación de la responsabilidad del porteador marítimo en la que sólo se tengan en cuenta sus intereses como país cargador y adoptar una regulación moderna como la prevista en las Reglas de Rotterdam. Deben valorarse las enormes

⁶⁵ Vid. IBRAHIM, “The 2008 Rotterdam Rules ...”, *op.cit.* p. 7.

ventajas que la misma presenta para todas las partes del contrato de transporte, destacando entre otras: a) El establecimiento del comercio electrónico. b) La capacidad de transportar puerta a puerta en virtud de un solo contrato de transporte y régimen jurídico único; c) La cobertura de todos los documentos de transporte en el tráfico marítimo, no sólo los conocimientos de embarque. d) La regulación del derecho de control. e) La distribución equilibrada de los riesgos del transporte⁶⁶. Con la adopción de un sistema basado en las Reglas de Rotterdam, Emiratos Árabes Unidos establecería un régimen legal uniforme y moderno en el que se regularían los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes en un contrato de transporte puerta a puerta adecuando su regulación a la realidad del transporte marítimo actual.

81. Lamentablemente, como pusimos de manifiesto con anterioridad desconocemos el contenido del borrador de la futura legislación marítima emiratí, pero nos comprometemos a estudiarla con detenimiento tras su entrada en vigor para facilitar su conocimiento al lector.

⁶⁶ *Vid.* K. LANNAN, “The Rotterdam Rules: A Win Win Proposition”, https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Maritime_Gateway_-_Dec_09.pdf, p. 14 (consultado el 12 de julio de 2017).

INCIDENCIA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS
EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: ESPECIAL
REFERENCIA A LAS NORMAS DE TERCEROS ESTADOS
DESDE UNA APROXIMACIÓN EUROPEA

OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS
IN INTERNATIONAL CONTRACTS: A SPECIAL REFERENCE
TO FOREIGN OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS
FROM A EUROPEAN APPROACH

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

*Profesora Contratado Doctor (interino) en Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 15.05.2017 / Aceptado: 05.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3870>

Resumen: Este trabajo analiza algunas cuestiones que plantea la aplicación de las leyes de policía en el ámbito del Derecho contractual de la UE. Por cuanto se refiere a las normas de este tipo de terceros Estados su aplicación resulta significativamente más compleja, en especial si analizamos su tratamiento en el Reglamento Roma I, mucho más restrictivo que su predecesor el Convenio de Roma de 1980. En este contexto la reciente sentencia del Tribunal de Justicia (*Nikiforidis*) resulta muy relevante, ya que abre la posibilidad a los Estados miembros para tomar en consideración normas de policía de terceros Estados como elemento fáctico en el marco de la *lex contractus*, sin sujetarla a las restricciones y condicionantes previstos en el art. 9.3.

Palabras clave: leyes de policía, normas imperativas, Derecho contractual europeo, Reglamento Roma I, sentencia *Nikiforidis*.

Abstract: This paper addresses some of the issues raised by the application of overriding mandatory provisions, from a European approach. With regard to foreign overriding mandatory provisions, their application is significantly more complex. This approach appears in European Contract Law, particularly regarding the treatment of this issue in the Rome I Regulation, which is much more restrictive than the Rome Convention of 1980. In this context, the recent case law of European Court of Justice (*Nikiforidis* case) is very significant. Since the judgment gives Member States the possibility to take into account foreign overriding mandatory provisions, as a factual element within the framework of the applicable law to the contract, outside the scope of article 9.3 of the Rome I Regulation.

Keywords: overriding mandatory provisions, mandatory rules, European Contract Law, Rome I Regulation, *Nikiforidis* case.

Sumario: I. Introducción. II. Caracterización de las normas imperativas en la contratación internacional: 1. Delimitación conceptual: objeto y fundamento. 2. Normas imperativas como límite a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. 3. Tipos de normas internacionalmente imperativas y su alcance. III. Problemas en la aplicación de las leyes de policía y posibles correctivos. IV. Normas imperativas de terceros Estados en la práctica jurisprudencial: 1. La doctrina del TJUE: a propósito de la sentencia *Nikiforidis*. A) Interpretación y alcance del art. 9.3 del

Reglamento Roma I. B) Ámbito temporal del Reglamento Roma I sobre modificaciones o prórrogas de contratos anteriores a su entrada en vigor. 2. La toma en consideración de normas imperativas por la reciente jurisprudencia española. V. Conclusiones.

1. Introducción

1. La incidencia de las normas internacionalmente imperativas (que también reciben las denominaciones en los sistemas nacionales, entre otras, de leyes de policía, normas de aplicación necesaria, normas de intervención, *overriding mandatory provisions*, *lois de police*, *norme de applicazione necessaria* o *international zwingende Bestimmung*)¹ y su implicación en el ámbito de la contratación internacional no es una cuestión nueva. La significativa relevancia práctica de su aplicación por los tribunales nacionales –así como por los tribunales arbitrales internacionales– en el tráfico transfronterizo le ha convertido en objeto de estudio por la doctrina *ius privatista* internacional desde distintas aproximaciones (dogmática, teleológica, práctica...) de manera general en diversas ocasiones². Ahora bien, la cuestión no ha sido agotada en su vertiente práctica en el ámbito de la contratación internacional, como da cuenta la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE o Tribunal de Justicia), respecto no ya de la aplicación en sentido propio por los Estados miembros de las leyes de policía extranjeras en el ámbito del Derecho europeo contractual, sino de su toma en consideración para establecer las circunstancias de hecho relevantes al aplicar la ley que rige el contrato internacional al margen del instrumento europeo (el Reglamento Roma I³).

2. El análisis de la repercusión del Derecho material imperativo en la reglamentación de la contratación internacional desde la perspectiva europea (instrumentos europeos y perspectiva nacional española) resulta justificado en la medida que es innegable la relevancia de esta figura en el ámbito de la contratación internacional. La técnica de las leyes de policía tiene un amplio reconocimiento a nivel internacional⁴ y esta aproximación también se observa en el Derecho europeo, de lo que dan muestra los Reglamentos. Los instrumentos europeos básicos en las relaciones transfronterizas, tanto en materia contractual como extracontractual, reconocen y consagran esta técnica (*vid.* art. 9 del Reglamento Roma I y art. 16 del Reglamento Roma II⁵, respectivamente). Asimismo, la mayoría de los sistemas de Derecho internacional privado nacionales lo regulan claramente, si bien, lo que difiere de un Estado a otro es la forma y el alcance en la que se reglamenta esta figura⁶. En lo que respecta en particular al sistema español éste lo recoge de forma unilateral e indirecta, según se desprende del art. 12 numeral 4 del Código civil, a través del recurso al fraude de ley⁷; esto es, únicamente se toma en consideración la incidencia

¹ Sobre las distintas opciones terminológicas *vid.*, entre otros, F. VISCHER, “General Course on Private International Law”, *R. des C.*, 1992-I (t.232), pp. 9-256, en esp. p. 154.

² Entre otros, *v. gr.*, *vid.* J.-M. JACQUET, “La aplicación de las leyes policía en materia de contratos internacionales”, *AE-DIPR*, t-X, 2010, pp. 35-48; A. NUYS, “L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, p. 31-74 y 245-265; B. AUDIT, “How Do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation?”, en G. BERMAN, L. MISTELIS (eds.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Juris Publishing (New York), 2011, pp. 53-74 ; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, En *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, T. III, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid), 2001, pp. 2857-2882, etc. Dejando al margen los diversos estudios de la institución en referencia a los concretos instrumentos relativos a la determinación de la ley aplicable en el ámbito de la contratación internacional (Convenio de Roma de 1980 y Reglamento Roma I) y su puesta en práctica por la jurisprudencia a la que se hará referencia posteriormente.

³ Reglamento (CE) N° 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE L 177/6).

⁴ Dentro del pluralismo metodológico impuesto en la disciplina del Derecho internacional privado desde hace décadas (*cf.* J.-M. JACQUET, “La aplicación de las leyes...”, *loc. cit.*, p. 36). En particular, sobre su origen, función y operatividad *vid.* J.-J. KUIPERS, *EU Law and Private International Law*, Martimus Nijhoff (Leiden-Boston), 2012, pp. 54-62.

⁵ Reglamento (CE) N° 864/2007, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L 199/40).

⁶ Un análisis comparado desde la perspectiva nacional en Europa en J.-J. KUIPERS, *EU Law and Private...*, *ob. cit.*, §3 (pp. 125-174).

⁷ Lo que supondrá la aplicación de la norma material imperativa española que se ha tratado de defraudar de conformidad con el art. 6.4 del Código civil.

de las normas materiales imperativas españolas en los supuestos privados con elemento extranjero cuya reglamentación le correspondiera a una *lex causae* por acción de norma de conflicto de leyes bilateral aplicada por el tribunal español⁸.

En este contexto, y partiendo de la existencia de significativos estudios sobre la materia, el presente trabajo pretende prestar especial atención al particular aspecto de esta institución que recientemente ha sido objeto de consulta mediante cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Se trata de la incidencia de las normas imperativas de terceros Estados, esto es, ni del Estado del foro ni de la ley reguladora del contrato, y su estudio se hará al amparo de los dos instrumentos internacionales de referencia en Europa: el Convenio de Roma de 1980⁹ y Reglamento Roma I -este último al que viene referida la reciente doctrina del Tribunal de Justicia en este campo-. En este sentido, lo que se busca es dar luz a las significativas consecuencias prácticas que en el ámbito de la contratación internacional dentro de la UE tienen las conclusiones a la que llega el Tribunal de Justicia respecto del alcance e interpretación del artículo 9.3 del Reglamento Roma I en su sentencia *Nikiforidis*¹⁰. Esta aproximación justifica el análisis pormenorizado de esta resolución del Tribunal de Luxemburgo, pero también ya desde una perspectiva nacional, la referencia a alguna sentencia nacional española que, en línea con la resolución del Tribunal de Justicia, resulta ilustrativa de la toma en consideración de los tribunales nacionales de leyes de policía al margen de esta disposición del Reglamento Roma I.

Como el objeto del trabajo se centra en un concreto aspecto particular referido al alcance e incidencia de una figura específica del Derecho internacional privado, como es la técnica de las leyes de policía, es necesario previamente analizar en términos generales dicha técnica y su tratamiento en los sistemas de Derecho internacional privado. Consecuentemente, se iniciará el mismo con una contextualización general de la figura: su posible definición en función de sus objetivos, finalidad y funcionamiento en relación con otras instituciones de aplicación necesaria (como es el orden público), los problemas prácticos en su aplicación y posibles correctivos, para finalmente abordar la cuestión de la incidencia las normas imperativas de terceros Estados en la práctica jurisprudencial.

II. Caracterización de las normas imperativas en la contratación internacional:

1. Delimitación conceptual: objeto y fundamento

3. Planteada la relevancia práctica de esta técnica por su amplio reconocimiento en la generalidad de sistemas, procede abordar una cuestión que no resulta sencilla: su delimitación conceptual. Se trata de facilitar una posible definición de esta figura lo suficientemente amplia para que sea comprensiva de todas las posibles manifestaciones recogidas en los distintos sistemas y, para ello, es necesario aproximar esta tarea desde los objetivos y funcionamiento de la misma. Así, las normas o leyes de policía son una suerte de excepción al normal funcionamiento de las normas de conflicto de leyes de carácter bilateral, toda vez que restringen su ámbito y contravienen sus efectos; en términos análogos a cómo funciona la excepción del orden público internacional en el sector del Derecho aplicable, por lo que los resultados prácticos de una y otra técnica coinciden –lo que permite observar una frecuente confusión entre ambas figuras en la jurisprudencia comparada¹¹–.

⁸ Que de conformidad con el art. 6.3 del mismo cuerpo legal supone la aplicación de la norma que se pretendía defraudar, esto es, la norma material imperativa española.

⁹ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (*DOUE* núm. 266, de 9.10.1980, pp. 1-19).

¹⁰ STJUE de 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, EU:C:2016:774, sobre la aplicación de leyes de policía de Estados miembros distintos del Estado del foro.

¹¹ *Vid.* P. LAGARDE, “Public Policy”, *Int. Enc. Comp. L.* vol. III, Chapter 11, pp. 14-20. En este sentido también cabe referir resoluciones del Tribunal de Justicia, como la sentencia de 1 de junio de 1999 en el asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. C. Benetton International NV* (si bien referido al ámbito de la ejecución de laudos arbitrales) en el que el Tribunal se refiere constantemente al art. 81.2 TCE (*ex ante* art. 85.2) como “una disposición de orden público” (párrafos 19 y 36).

El objetivo básico y fundamento de esta técnica es garantizar la aplicación de ciertas normas esenciales para el Estado: leyes materiales de aplicación inmediata o necesaria¹² –que contienen criterios y principios de política legislativa que el Estado legislador considera fundamentales–, lo que justifica su carácter imperativo y que se apliquen en todo caso, aun en las situaciones privadas internacionales, con independencia del ordenamiento que rige la relación contractual (elegido por las partes o el designado objetivamente por la norma de conflicto). Todo ello necesariamente incide en la noción de leyes de policía, por lo que resulta difícil elaborar una definición totalmente satisfactoria de esta figura para todos los sistemas¹³ –conduciendo necesariamente a cierta indeterminación en algunos casos¹⁴–. Ahora bien, cabe concretar que en términos generales las normas de policía son Derecho imperativo del Estado del foro (de fuente de producción nacional y, en caso de Estado miembro, de carácter comunitario) que debe ser aplicado por los tribunales y autoridades nacionales a determinadas situaciones privadas internacionales cualquiera que sea el ordenamiento designado por la norma de conflicto aplicable a ese tipo de situaciones transfronterizas (por tanto, incluso si es un ordenamiento jurídico extranjero). Podría hablarse entonces de una subcategoría dentro de la general de las normas imperativas (Derecho obligatorio) más restrictiva, cuya característica fundamental reside en el hecho de que están encaminadas a proteger aquellos valores legales que no pueden ser renunciadas en el ordenamiento jurídico al que pertenecen¹⁵. Asimismo, ha de recordarse que el Derecho imperativo resulta esencial en la configuración y determinación del orden público que puede determinar la no aplicación del ordenamiento extranjero al que remite la norma de conflicto (art. 12.3 Código civil). De esta forma, en la medida que para ambas instituciones el Derecho material imperativo resulta esencial para su configuración, unido a que el resultado en la práctica de aplicar uno u otro es el mismo, todo ello conduce a la ya referida confusión en su aplicación entre las normas de policía y el orden público.

No obstante, sí que es posible dar una definición concreta dentro del contexto de la Unión Europea de leyes de policía, pues en este ámbito no se ha perdido la ocasión de definir esta figura institucionalmente. Así el primer número del art. 9 del Reglamento Roma I establece que *Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*¹⁶. Los términos concretos de esta definición muestran claramente la voluntariedad restrictiva del legislador de la UE en la concepción de este tipo de normas; de tal manera que no cualquier tipo de medida de carácter imperativo tendrá tal consideración y podrá alzarse en perjuicio de la *lex contractus* por los tribunales de los Estados miembros con base en esta disposición (esto es, tiene un buscado efecto disuasivo¹⁷). Todo ello tiene como resultado que los tribunales nacionales de los Estados miembros que decidan aplicar el art. 9 deben fundamentar debidamente su decisión

¹² Vid. P. FRANCESCAKIS, “Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1-18; P. MAYER, “Les lois de police étrangères”, *Journ. dr. int.*, 1981, pp. 277-345; J.-C. SCHULTZ, “Les lois de police étrangères”, *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 1985 Volume 5, Número 1982, pp. 39-62.

¹³ Particularmente problemática es la cuestión en relación con aquellos Estados que no reconocen la noción de leyes de policía en su propio Derecho interno. En este sentido puede referirse los países del *Common Law* que vinculados por esta doctrina del Tribunal de Justicia (primero respecto del Convenio de Roma y posteriormente en relación con el Reglamento Roma I) les ha supuesto crear un nuevo concepto “*overriding statutes*” en contraposición a las “*simple mandatory norms*”. Vid. A. BONOMI, “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, *YPIL*, vol. 10, 2008, pp. 285-300, en esp. pp. 288-289.

¹⁴ Lo que se ha manifestado por los tribunales nacionales en ciertas ocasiones. A modo de ejemplo, en particular desde la perspectiva de la jurisprudencia francesa, vid. H. GAUDEMET-TALLON, “La clause attributive de jurisdiction, un moyen d’échapper aux lois de police?”, en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, Y S. SYMEONNIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law- Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven Int. Publishing (The Hague), 2010, pp. 707-722.

¹⁵ Cf. Vid. A. BONOMI, “Overriding Mandatory Provisions...”, *loc. cit.*, p. 289.

¹⁶ El origen inmediato del concepto de leyes de policía que recoge esta disposición se encuentra en la STJCE de 23 de noviembre de 1999, asuntos acumulados C-376/96 y C-369/96 (conocido como caso *Arblade*) en su apartado 30 (ECLI:EU:C:1999:575).

¹⁷ Esta aproximación de excepcionalidad en el recurso de esta técnica se ve reforzada con el párrafo 37 del Preámbulo del Reglamento al indicar que su utilización solo será posible en presencia de circunstancias excepcionales –al igual que el orden público– y al precisar que esta noción debe distinguirse de las normas materiales imperativas internas y configurarse como una noción más restrictiva.

en normas imperativas que tengan la consideración verdaderamente de leyes de policía. Tal clasificación vendría determinada por la esencialidad de los objetivos que la norma imperativa persigue en el Estado del foro y que su aplicación al caso concreto fuera primordial para su consecución¹⁸.

En definitiva, es innegable que la introducción a nivel comunitario de una definición expresa de esta institución incide en la unificación del Derecho europeo, en la medida que el texto del art. 9.1 constituye una noción de norma de policía uniforme y autónoma dentro de la UE con independencia de la que pueda existir en cada Estado miembro desde una perspectiva nacional –sin perjuicio de que obviamente influya en aquellas–¹⁹. Asimismo, la previsión de una definición de normas de policía en el marco del Reglamento tiene como consecuencia para los Estados miembros la introducción de un nuevo nivel de examen de conformidad, que es distinto y anterior de aquel de la compatibilidad de las normas de policía con los principios del Derecho europeo²⁰; y que tendrá como objeto determinar la conformidad de las leyes de aplicación inmediata nacionales con los criterios establecidos en el art. 9.1 del Reglamento²¹. De tal manera que en aquellos casos en los que las normas imperativas nacionales del Estado miembro del foro no entren en conflicto con los principios de Derecho europeo –porque se trate de situaciones extracomunitarias– el ámbito de verificación de la conformidad de dichas normas con el art. 9.1 del Reglamento se circunscribe únicamente a los criterios utilizados por esta disposición; esto hace que sea esencial la concreción en la práctica de los términos utilizados por este precepto.

Resulta fundamental el significado que se le otorgue al término “intereses públicos”, así como a la “salvaguardia de la organización política, social o económica” del Estado en cuestión. Una interpretación restrictiva del texto –y consecuente aplicación de la norma– llevaría a eliminar de tal consideración aquellas normas nacionales de policía o de aplicación inmediata que tutelén intereses particulares o individuales –por ejemplo, aquellas que protegen a la parte débil del contrato: como son las normas protectoras de los consumidores, trabajadores, agentes comerciales, franquiciados, etc.– dejando solo como de posible consideración aquellas que persigan intereses públicos (v. gr. las normas de protección de la libre competencia, entre otras)²². Esta aproximación restrictiva del art. 9.1 del Reglamento²³ y por tanto de las normas de policía desde el punto de vista del Derecho europeo puede resultar no fácilmente asimilable por aquellos Estados miembros en los que no se realiza esa distinción en sus sistemas internos, por

¹⁸ Algunos autores proponen un “test de proporcionalidad” para permitir la posibilidad de aplicar una norma interna imperativa como ley de policía en este sentido. Cf. A. BONOMI, *Le norme imperative del diritto internazionale privato: Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, l’Institut suisse de droit comparé (Zurich), 1998, pp. 219 y ss.; *ibid.*. “Mandatory Rules in Private International Law- The Quest for Uniformity of Decision in a Global Environment”, *YBPIL*, vol. 1, 1999, pp. 215-249, esp. pp. 228 y ss.

¹⁹ Siendo por tanto el TJUE el máximo intérprete de esta noción. Este hecho resulta de significativa relevancia, en la medida que si bien les corresponde a los tribunales nacionales de los Estados miembros la decisión de aplicar una norma interna como ley de policía, no gozan de absoluta libertad, pues no pueden infringir del Derecho europeo. El principio de subordinación de las leyes nacionales de aplicación inmediata al Derecho europeo fue claramente establecido por el Tribunal de Justicia en el ya referido asunto *Arblade* (*loc. cit.*) y posteriormente confirmado en lo sustancial en la sentencia de 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni* (ECR 2001, p. I-2189), §§22 y ss. (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, p. 495, con nota de E. PATAUT).

²⁰ Lo que no resulta novedoso respecto del Convenio de Roma en relación con los Estados signatarios en aplicación del art. 7.

²¹ Sobre las diferencias entre uno y otro test de compatibilidad *vid.* A. BONOMI, *Le norme imperative...*, *ob. cit.*, pp. 136 y ss.

²² Esta diferenciación de categorías dentro de las normas imperativas nacionales puede verse en ciertos sistemas nacionales. Así, por ejemplo, en el sistema alemán se habla de las *Parteischutzvorschriften* para referirse a aquellas normas cuyo objeto es reestablecer el equilibrio entre las partes del contrato (esto es, para proteger los intereses particulares o *Ausgleich privater Interesse*) y las *Eingriffsnormen* como aquella categoría normativa que en relación con el Derecho de contratos cumplen intereses de carácter público. De tal manera que solo entrarían dentro de la categoría de leyes de policía a la luz del art. 9 del Reglamento las *Eingriffsnormen*. En este sentido ya se manifestó la doctrina alemana respecto del Convenio de Roma y la misma aproximación restrictiva ha tenido reflejo en la jurisprudencia de los tribunales federales. Un análisis de esta doctrina en profundidad en A. BONOMI, *Le norme imperative...*, *ob. cit.*, pp. 172 y ss.; y de la jurisprudencia nacional en *ibid.* “Overriding Mandatory Provisions...”, *loc. cit.*, pp. 292 y ss.

²³ Uno de los primeros en comentar esta disposición del Reglamento en este sentido fue F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ en “The Rome I Regulation: Much do about nothing?”, en *The European Legal Forum* 2008 (2), pp. 1-16, indicando que desde la perspectiva del art. 9.1 las normas imperativas que tengan por objeto la protección de una de las partes del contrato no están incluidas en el concepto de ley de policía de esta disposición. En los mismos términos L. D’AVOUT, “Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I”, in Dossier “Le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I”, S. BOLLÉE Y S. LEMAIRE (coords.), *Rec. Dalloz*, 2008, pp. 2165-2168, en esp. p. 2167.

lo que ciertas normas de imperativas de aplicación inmediata que protegen a la parte débil del contrato pueden tener la consideración de leyes de policía a este respecto²⁴ y así lo ha aplicado su jurisprudencia nacional²⁵ –lo que resulta claro en referencia con la aplicación del art. 7 del Convenio de Roma²⁶–. Ahora bien, esta exclusión no puede entenderse como automática. No puede olvidarse que hay ciertas normas que aun protegiendo intereses particulares de forma indirecta también protegen intereses públicos, generales o colectivos, lo que justificaría su consideración y aplicación como leyes de policía en el Derecho europeo al amparo del art. 9.1 del Reglamento (como así lo consideró el Tribunal de Justicia respecto de la Directiva sobre el contrato de agencia –Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre– en el conocido asunto *Ingmar*²⁷); en particular, en aquellas materias en las que no existen en el Reglamento reglas de protección para la parte débil del contrato (como sí ocurre por ejemplo con las normas correctivas para la protección de los consumidores y trabajadores de los arts. 6 y 8, respectivamente) que pudieran justificar la exclusión automática de estas normas al prever el instrumento otros mecanismos de tutela de los intereses en presencia. En consecuencia, cierta doctrina considera que la exclusión automática de este tipo de normas imperativas del alcance del art. 9.1 del Reglamento sería demasiado estricta e inaceptable por lo que merece un análisis de las circunstancias concretas cada caso²⁸.

4. Realizada la aproximación teleológica y conceptual de la institución desde la perspectiva Europea procede referir su ámbito de aplicación, su funcionamiento en la práctica contractual internacional según su tipología y alcance en relación con los instrumentos aplicables. En la medida que es en el ámbito de la contratación internacional donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene mayor manifestación y las normas imperativas pueden constituir un límite a la autorregulación (en función del tipo de norma materialmente imperativa de que se trate y del sistema de referencia aplicable), parece necesario dedicar un apartado específico a esta cuestión. Asimismo, los problemas de aplicación de dichas normas merecen un tratamiento diferenciado, en particular, la posibilidad de que las partes puedan eludir su incidencia, y correlativamente las eventuales soluciones para matizar esa falta de aplicación.

2. Normas imperativas como límite a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional

5. La libertad contractual de los individuos está limitada en todos los sistemas jurídicos por las normas imperativas no disponibles por las partes. La distinción entre normas imperativas y dispositivas está presente en la generalidad de sistemas pertenecientes al *civil law* (así, a modo de ejemplo, en el Derecho italiano se distingue entre *norme dispositive* y *norme imperative*²⁹; en el Derecho francés se utiliza incluso la terminología de las leyes de policía o leyes de orden público –*lois de police* o *règles d'ordre*

²⁴ Esta la aproximación es la mayoritaria de la doctrina italiana, entre otros *vid.* G. BIAGIONI, “L’ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento Roma I”, en P. FRANZINA (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I*, CEDAM (Padua), 2006, pp. 96-105; N. BOSCHIERO, “Norme inderogabili, “disposizioni imperative del diritto comunitario” e “leggi di polizia” nella proposta di regolamento”, en *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento Roma I*, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariado (Milán), 2007, pp. 101 y ss., en esp. p. 111 (donde se cita doctrina nacional francesa y belga en la misma línea); y respecto del Convenio de Roma F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours*, vol. 188, 1984, pp. 349-361; *ibid* “La legge applicabile ai contratti con i consumatori”, en T. TREVES (ed.), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, CEDAM (Padua), 1983, pp. 303-316, en esp. p. 314.

²⁵ A modo de ejemplo puede referirse la sentencia de la Corte de casación francesa de 23 de mayo de 2006 en *Dalloz* 2006, n° 40, pp. 2798-2800 (con nota de M. AUDIT).

²⁶ Solo hay que recordar el Informe sobre el Convenio de Roma de M. GUILLIANO Y P. LAGARDE (*Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE C-327, de 11 de diciembre de 1992) en el que se mencionan como ejemplos de leyes de policía las normas sobre protección de consumidores y aquellas relativas a contratos de transporte, es decir, normas de que protegen intereses individuales (p. 28).

²⁷ *Vid. infra* nota 77.

²⁸ En este sentido A. Bonomi, “Article 9: Overriding mandatory provisions” en M. MANKOWSKI, U. MAGNUS (eds.), *Rome I Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier (Munich), 2017, pp. 599-661, en esp. pp. 609-612; del mismo autor: *Le norme imperative...*, *ob cit.*, p. 175 y “Overriding Mandatory Provisions...”, *loc. cit.*, p. 293; N. BOSCHIERO, “Norme inderogabili, “disposizioni imperative del diritto comunitario”...”, *loc. cit.*, pp. 111 y ss.

²⁹ *Vid.* E. RUSSO, “Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva”, *Rivista di diritto civile*, 2001, vol. 47, pp. 573-600.

public— para designar aquellas normas de carácter imperativo frente a aquellas que puede ser disponibles por las partes —*règles de droit supplétives*—). De igual manera los sistemas de tradición anglosajona admiten esta distinción³⁰ —como muestran, por ejemplo, las Leyes inglesa y escocesa *Unfair Contract Terms* de 1977³¹ y de *Sale of Goods* de 1979³²—.

6. Dentro del concreto ámbito del Derecho de obligaciones —donde se inserta en régimen general de los contratos— las normas que presentan un carácter imperativo, y que por tanto son inderogables por voluntad de las partes, en la generalidad de sistemas son aquellas que buscan garantizar un nivel de tutela y equilibrio contractual entre las partes indisponible³³. Ahora bien, el alcance de estas normas ha de contextualizarse dentro del ámbito de la contratación internacional donde se permite a las partes elegir como aplicable a su relación contractual cualquier ordenamiento estatal. Esta autonomía conduce a que estas normas sean sustituibles por aquellas del ordenamiento elegido como rector de su relación contractual, con el único límite de la excepción del orden público³⁴ y de las normas internacionalmente imperativas (distintas de las normas imperativas de Derecho interno por resultar más restringida su interpretación³⁵).

7. Dejando al margen la excepción del orden público, los intereses fundamentales del Estado en el ámbito de la contratación internacional se protegen mediante las normas internacionalmente imperativas que configuran típicamente las leyes de policía. Estas normas suponen una restricción o límite al libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes en la autorregulación del contrato, en la medida que su aplicación es necesaria con independencia de la ley que rijan el contrato —siendo también, como es lógico, de aplicación necesaria aquellas que gocen de tal condición dentro del ordenamiento que configure la *lex contractus*³⁶—. Esto se traduce en la práctica en tensión entre la libertad privada de las partes y el interés público en el que se fundamenta y justifica la intervención sobre esta libertad en el ámbito de la contratación internacional³⁷. Ahora bien, la autonomía de la voluntad y los límites imperativos se configuran en realidad como figuras complementarias —no como opuestas como cabría pensar³⁸— pues trabajan en aras de la consecución de un mismo fin: que no es otro que la protección de los intereses particulares de las partes dentro del marco del respeto a los fines sociales y económicos de interés general de cada sistema estatal o supranacional en el que la relación contractual se enmarca³⁹.

Antes de entrar en la cuestión de la eficacia de las normas de policía en la contratación internacional, es necesario determinar previamente el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes y sus modalidades de manifestación en este contexto, pues las peculiaridades que muestra en este ámbito inciden particularmente en la eficacia de las normas internacionalmente imperativas de ordenamientos distintos de la ley aplicable al fondo —*lex contractus*—.

³⁰ Pese a que formalmente no era conocida en el *common law* en la medida que no tenía una denominación concreta.

³¹ *Unfair Contract Terms Act 1977*, Chapter 50 (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/pdfs/ukpga_19770050_en.pdf)

³² *Sale of Goods Act 1979*, Chapter 54 (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/pdfs/ukpga_19790054_en.pdf)

³³ No solo en los sistemas nacionales europeos sino también desde la perspectiva del Derecho norteamericano puede observarse que la autonomía conflictual está también limitada por la denominada *fundamental policy* del Estado que tenga un mayor interés material en reglamentar alguna cuestión referida al contrato que del Estado cuyo ordenamiento ha sido elegido por las partes como *lex contractus*. A estos efectos el § 188 del *Restatement Second* entiende por Estado con mayor interés material aquél cuya ley sería objetivamente aplicable al contrato, esto es, aquella que resultaría aplicable en defecto de elección.

³⁴ Que este ámbito tiene un alcance residual. Cf. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación Comercial internacional”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los Negocios internacionales*, 4ª ed., Iustel (Madrid), 2013, Cap. 4, p. 342.

³⁵ En este sentido se manifiesta el legislador europeo. Vid. Considerando 37 del Reglamento Roma I.

³⁶ Vid. P. KINSCH, “L’autolimitation implicite des normes de droit privé matériel”, *Rev. cri. dr. int. pr.* 2003, pp. 403-435.

³⁷ Sobre esta constante tensión vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Civitas (Navarra), 2016, pp. 552 y ss.

³⁸ En este sentido, vid. C. VAQUERO LÓPEZ, “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, en S. SÁNCHEZ LORENZO (Dir.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Civitas (Navarra), 2013, pp. 893-934, en particular, p. 908.

³⁹ En este sentido debe entenderse la vinculación a la ley de toda persona en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades a la luz del art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948).

8. La generalidad de sistemas nacionales⁴⁰ reconoce este principio de libertad o autonomía privada de las partes en la regulación contractual –Derecho privado de los contratos– y, en el mismo sentido, cabe referir el principio de libertad de contratación desde la perspectiva del Derecho europeo⁴¹. No obstante, pese a esa aproximación común de todos los ordenamientos jurídicos, cabe apreciar dos posturas distintas. Por un lado, aquellos que reconocen este principio de autonomía de la voluntad de la forma más amplia y extensa posible y, por otro, aquellos que reglamentan límites a esta autonomía, introduciendo el interés público como factor que posibilita cierto intervencionismo en aquellos casos en que éste concurra. Precisamente a esta finalidad de intervención responden las leyes de policía, como normas internacionalmente imperativas que representan intereses estatales y sociales básicos, cuya vocación es aplicarse dentro de su ámbito con independencia de los pactos a los que las partes hayan llegado.

Dentro del sector de la contratación internacional el principio de autonomía de la voluntad de las partes se concreta, por un lado, en la posibilidad de diseñar los pactos concretos que determinan el contenido del contrato (autonomía material) excluyendo o modificando el Derecho dispositivo de la *lex contractus* –en la medida que dicha exclusión o modificación no fuera contraria al interés, al orden público, ni perjudique a terceros⁴²–; quedando así fuera de su disposición aquellas normas de naturaleza imperativa del ordenamiento jurídico rector del contrato. Por otro lado, en el contexto internacional la autonomía de la voluntad tiene una dimensión más amplia, que se concreta en la facultad de las partes de elegir de mutuo acuerdo la ley rectora del contrato, lo que les permite sustraerse de las normas de carácter imperativo del ordenamiento con el que se vincula su relación jurídica. Esta manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes (denominada autonomía conflictual) tiene reflejo en la generalidad de sistemas de Derecho internacional privado, tanto estatales (por ejemplo en el sistema español en el art. 10.5 del Código civil aunque de forma limitada, ya que exige que esa elección recaiga sobre un ordenamiento con vinculación efectiva con el contrato), institucional (*vid.* art. 3 Reglamento Roma I) y convencionales (art. 3 Convenio de Roma de 1980)⁴³. En la medida que las partes pueden seleccionar como ley aplicable la de un Estado sin conexión con el contrato, surge la necesidad de contar con mecanismos que garanticen la aplicación de aquellas normas imperativas de ordenamientos distintos a la ley aplicable al fondo. La justificación de la toma en consideración por los tribunales nacionales de las normas materialmente imperativas de terceros Estados vinculados con el contrato se encuentra en garantizar el cumplimiento efectivo del mismo o por razones de cooperación internacional –referida al mutuo respeto de los intereses estatales y de los objetivos de política legislativa de todos los Estados–⁴⁴.

⁴⁰ Expresa o implícitamente en todos los sistemas jurídicos del *civil law* (a modo de ejemplo, art. 1255 del Código civil español; art. 405 Código civil portugués; art. 3 Código civil Griego; art. 1101 Código civil francés; art. 1322 Código civil italiano; §§ 154 y 155 BGB alemán o el § 311 del Código suizo de obligaciones): en los mismo términos en los sistemas del *common law* (*freedom of contract*). A este reconocimiento generalizado en los distintos sistemas de la autonomía privada en los negocios jurídicos se refiere C. VAQUERO LÓPEZ, en “Autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, pp. 894-898.

⁴¹ Pese a que no exista norma de Derecho primario u originario que expresamente lo recoja (*cf.* J. BASEDOW, “Freedom of contract in the Europea Union”, *ERPL*, n° 6, 2008, pp. 901-923, en esp. p. 909), las instituciones europeas se han manifestado expresamente a favor de este principio. Así la Comisión Europea lo califica como el principio rector del Derecho contractual europeo (*vid.* comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2003) 68 final, Bruselas, 12 febrero de 2003, en esp. p. 26).

⁴² *Cf.* N. VIDAL BOUZA, “Aspectos actuales de autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2004, p. 7 (http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf)

⁴³ La referencia a todos los sistemas está justificado en la medida que partiendo de la aplicación prioritaria del Reglamento para todos los Estados miembros vinculados (todos menos Dinamarca por el uso de su *opting out*) y de los textos internacionales sobre las normas de fuente interna, todos ellos tienen su ámbito de aplicación. Así, partiendo de la referida preferencia del Reglamento Roma I sobre el Convenio de Roma en los mismos supuestos (dado que tienen el mismo ámbito material según el art. 1 de ambos textos), la aplicación de uno u otro instrumento vendrá determinada por la fecha de celebración del contrato. De tal manera que el Reglamento será aplicable a aquellos contratos celebrados con posterioridad al 17 de diciembre de 2019 (*vid.* Art. 28) y el Convenio de Roma si fuera anterior a esta fecha (pero posterior al 1 de septiembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Convenio para España). La aplicación del art. 10.5 del Código civil deviene residual, limitándose exclusivamente para aquellas materias no cubiertas por estos instrumentos internacionales.

⁴⁴ En este sentido, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J. GONZÁLEZ CAMPOS (VVAA), *Derecho Internacional privado*, Parte especial, 6ª ed. Revisada, Madrid, Eurolex, 1995, p. 184; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho imperativo...”, *loc. cit.*, p. 2859.

9. Las leyes de policía operan como límite a la autonomía conflictual de las partes, estableciendo un marco imperativo de actuación que se justifica por su fundamentación en intereses y objetivos estatales, institucionales e internacionales. Dentro de estas normas puede hacerse una clasificación general en dos grandes grupos. Por un lado, estaría aquellas normas imperativas típicamente dirigidas a la protección de los intereses de ciertos colectivos o grupo sociales –como son las referidas a la tutela de los consumidores–, denominadas generalmente como normas de protección, dado que su objetivo es reestablecer el equilibrio entre las partes contratantes. Por otro lado, se encuentran aquellas normas que pretenden garantizar los intereses económicos y sociales de la comunidad –como son aquellas relativas al control de cambios o protección de la libre competencia–, que se denominan normas de dirección. Dentro de estas últimas se engloban todas aquellas normas de carácter heterogéneo a través de las cuales se canaliza la injerencia del poder público en la economía –en particular, en la organización del mercado y de las relaciones entre sus participantes–.

En el ámbito de la contratación internacional las normas de Derecho internacional económico constituyen un límite concreto para las partes contratantes. En lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, además de los límites que supone el respeto obligado a las libertades de circulación, existen normas imperativas específicas sobre contratos –vinculadas fundamentalmente al desarrollo de aquellas libertades y de las políticas de la UE–. Asimismo, cada Estado debe hacer prevalecer frente a la autonomía de la voluntad de las partes las normas imperativas de su ordenamiento que tienen como objeto la salvaguarda de su propio mercado o que traten de garantizar el equilibrio entre los contratantes y su buen fin. Todas estas normas internacionalmente imperativas, cuya fundamentación en un interés público hace necesaria su aplicación con independencia de cuál sea la ley elegida por las partes para regir su contrato, tienen distinto alcance en función del sistema de referencia aplicable.

2. Tipos de normas internacionalmente imperativas y su alcance en los textos internacionales

10. La existencia de los distintos intereses que pueden concurrir en los negocios jurídicos internacionales justifica la potencial incidencia en el contrato de los distintos tipos de normas internacionalmente imperativas que pueden limitar la libertad de las partes en la contratación internacional. El análisis de la incidencia del Derecho imperativo en la regulación de los contratos internacionales requiere diferenciar el origen de la norma internacionalmente imperativa.

En este sentido, desde el punto de vista estatal cabe diferenciar entre las normas de policía pertenecientes al foro (del ordenamiento de los tribunales o autoridades que conocen del litigio), las normas que pertenecen al ordenamiento aplicable al fondo –*lex contractus* distinta de la del foro: *lex causae*– y aquellas concernientes a un tercer Estado especialmente vinculado con el contrato. Por cuanto que existen normas de Derecho europeo de carácter imperativo con repercusión en los contratos internacionales vinculados a la UE, a la anterior clasificación ha de añadirse estas disposiciones cuando sea un Estado miembro el que conozca del litigio. Esta distinción no es baladí, por cuanto su tratamiento es distinto –y, en consecuencia, su cumplimiento efectivo– en los distintos sistemas analizados (Convenio de Roma de 1980⁴⁵ y Reglamento de Roma I⁴⁶) como se verá a continuación.

11. Por lo que se refiere a las normas imperativas estatales, es determinante el papel que juega el tribunal del foro que conozca del eventual litigio entre las partes contratantes, en la medida que éste será el que debe valorar la incidencia de aquellas en el supuesto concreto. En términos generales, las leyes de policía se aplicarán exclusivamente a las situaciones que se encuentran incluidas en su ámbito de aplicación espacial –de lo que se desprende su necesaria consideración–. No obstante, con más frecuencia de

⁴⁵ Un estudio pormenorizado de esta institución y su aplicación práctica por los tribunales nacionales en el marco del Convenio de Roma de 1980 puede verse en I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi (Navarra), 1992; entre la doctrina internacional, entre otros, A. BONOMI, *Le norme imperative...*, *ob. cit.*; *ibid.*, “Mandatory Rules in Private International Law...”, *loc. cit.*, pp. 215-249.

⁴⁶ Sobre el alcance y efectos de las normas imperativas y su relación con el orden público internacional en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I véase, J. HARRYS “Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation”, en F. FERRARI Y S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation (The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe)*, Sellier, Munich, 2009, pp. 269-341; A. BONOMI, “Article 9: Overriding mandatory provisions”, *loc. cit.*, pp. 599-661; A. BONOMI, “Overriding Mandatory Provisions...”, *loc. cit.*, pp. 285-300.

la deseada el legislador estatal –y en el mismo sentido el legislador europeo con las consecuencias a las que posteriormente nos referiremos– no establece expresamente si ciertas normas que son imperativas para las situaciones domésticas también lo son para las relaciones internacionales y, si así fuera el caso, cuál sería su ámbito necesario de aplicación espacial, lo que conduce necesariamente a que el juez que conoce valore la relevancia de estas disposiciones y los objetivos perseguidos⁴⁷.

En lo que respecta a las normas estatales del foro es obvio que el tribunal es proclive a aplicar sus propias normas de policía cuando la situación jurídica en particular afecte a sus intereses –cuando esa norma sea necesaria para salvaguardar su organización política, social y económica del país o para reestablecer el equilibrio entre los contratantes⁴⁸–. Resulta más controvertida la aplicación de aquellas disposiciones imperativas que pertenezcan a un tercer Estado vinculado con el contrato, así como la forma en la que pueden incidir según los casos –como da muestra las numerosas y variadas teorías que la doctrina ha plateado para dar respuesta a esta cuestión⁴⁹ y la práctica jurisprudencial estatal⁵⁰–. No debe tampoco resultar problemática la aplicación de las normas materialmente imperativas de la *lex contractus*, así como de aquellas dispositivas de aquél ordenamiento jurídico que no hayan sido desplazadas por acuerdo entre las partes. Con respecto del Convenio de Roma, esta conclusión resulta evidente en la medida que se desprende del texto del propio instrumento; más problemática podría resultar tal consideración en el marco del Reglamento Roma I dado que no se menciona las leyes de aplicación inmediata como parte de la ley rectora del contrato. No obstante, para la doctrina mayoritaria este silencio debe traducirse en la confirmación de que este tipo de normas deben ser aplicadas en el marco de la *lex contractus* siempre que caiga dentro de su ámbito de aplicación y que no resulten contrarios al orden público del foro⁵¹. En definitiva, esto no es más que la consecuencia natural de la remisión global al ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto, siempre que no se opongan a los instrumentos de defensa previstos en la ley del foro frente a normas extranjeras⁵².

12. Los distintos instrumentos internacionales aplicables dentro de la UE (el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I) profieren un diferente tratamiento, para dar efecto a este tipo de disposiciones imperativas, según el origen de la norma de policía estatal. De tal manera que resulta automática –de oficio– la aplicación por el foro de sus propias normas imperativas cuando el supuesto caiga dentro de su ámbito de aplicación e igualmente estará llamado a determinar las consecuencias civiles que se derivan de su incumplimiento (el carácter obligatorio de su aplicación puede verse en el art. 9.2 Reglamento Roma I o en el art. 7.2 Convenio de Roma)⁵³; pero no resulta así por cuanto se refiere a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados.

⁴⁷ Sobre la práctica jurisprudencial nacional de distintos Estados europeos en este sentido *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 911 y referencia bibliográfica contenida en notas a pie números 76 a 79.

⁴⁸ Desde el punto de vista de la práctica jurisprudencial española puede referirse en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social. Sección 2ª) de 20 de julio de 2016, magistrado ponente: Miguel Moreiras Caballero, ECLI:ES:TSJM:2016:8924. Esta resolución resuelve sobre la aplicación de normas imperativas españolas al despido de un trabajador destinado en el extranjero (trabajador del Ministerio de Asuntos Exteriores destinado en la Embajada de Doha, Qatar). Pese a que fue despedido con arreglo a la legislación qatarí, que no exige alegar causa justificativa del despido sino solo abonar la correspondiente indemnización, el Tribunal consideró que el juzgador debió pronunciarse sobre la nulidad del despido alegada por el trabajador como exige el ordenamiento español, por lo que tuvo que retrotraerse las actuaciones para que se dicte sentencia que valore la cuestión de nulidad invocada.

⁴⁹ *Vid.* S. LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 31 (1998), pp. 397-428 1998, en especial pp. 408-414.

⁵⁰ Los tribunales nacionales aunque en términos generales han afrontado esta cuestión tomando en consideración las normas imperativas extranjeras, los resultados varían de un país a otro. Así ni en el alemán ni en el Derecho francés recogen un principio general de nulidad del contrato por incumplimiento de norma imperativa extranjera. Al análisis de distinta jurisprudencia nacional a este respecto se dedica C. VAQUERO LÓPEZ, en “Autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 913.

⁵¹ En este sentido, *vid.* A. BONOMI, *Le norme imperative...*, *ob. cit.*, pp. 356 y ss. (y doctrina allí referida).

⁵² *Cf.* entre otros, O. LANDO, “Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, F. RIGAUX (Dir.), *L’influence des Communautés européennes sur le Droit international privé des Etats membres*, Larcier (Bruselas), 1981, pp. 191-208, en esp. p. 205; I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y derecho imperativo...ob. cit.*, p. 554; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, L.G.D.J (Paris), 1993, p. 461.

⁵³ Por cuanto al sistema español se refiere la obligatoriedad de la aplicación de las normas imperativas españolas por los tribunales nacionales se deriva implícitamente del ya referido art. 12. 4 del Código civil.

En este último caso su aplicación dependerá de la necesidad que resulte del análisis particular de las circunstancias de cada caso concreto en atención a distintos factores condicionantes. Así, el juez del foro deberá valorar si los intereses del Estado autor de la norma –los objetivos políticos o económicos perseguidos y protegidos por aquella– son conformes con su propio ordenamiento, así como la proporcionalidad entre el alcance extraterritorial y el fin que se busca con su aplicación. También deberá tomar en consideración los intereses particulares de los contratantes y las circunstancias concretas del caso en cuestión (entre ellas, *v. gr.*, el grado de previsibilidad de la aplicación de la norma al contrato, la voluntad de las partes en la infracción de la misma, el desequilibrio entre las partes contractuales consecuencia de su aplicación, etc.)⁵⁴.

Esta aproximación puede verse tanto en el Convenio de Roma (de conformidad con su artículo 7) como en el artículo 9 de su sucesor el Reglamento Roma I⁵⁵, si bien, con diferencias significativas en la práctica que merecen ser expuestas.

13. El Convenio de Roma recoge una solución que consiste en supeditar la aplicación al contrato de las leyes de policía extranjeras –con el que la situación presente un vínculo estrecho⁵⁶– a determinadas condiciones que el juez del foro debe verificar. Esta solución permite al tribunal soslayar su aplicación, ya que no se le impone. Esta afirmación es consecuencia lógica del hecho de que estas normas de policía no sean aplicables de oficio por el juez del foro⁵⁷ –dado que son normas para él extranjeras⁵⁸–. En cualquier caso, bien por invocación de las partes, bien por iniciativa del juez, una vez introducida la cuestión de la aplicación de la norma en el procedimiento, para que aquella resulte es necesario que supere el test de oportunidad o utilidad impuesto por el art. 7 número 1, último inciso, del Convenio⁵⁹. Con todo, para los Estados vinculados por este instrumento internacional⁶⁰ la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados es posible pero no obligatoria; dejando al margen aquellos Estados signatarios que en este sentido hicieron uso de la reserva prevista para el art. 7.1, respecto de los cuales la aplicación de las leyes de policía extranjeras está sencillamente excluida⁶¹.

14. La solución consagrada en el Convenio de Roma en este sentido no era pacífica –de lo que daba muestra la posibilidad de reserva por los Estados signatarios ya referida– y por ello el Reglamento Roma I en su artículo 9 introdujo importantes modificaciones con respecto al artículo 7.1 del Convenio de Roma⁶². La previsión relativa a las “leyes de policía” o normas internacionalmente imperativas, especialmente por cuanto se refiere a su aplicación respecto de aquellas de terceros Estados (apartado 3 del art. 9), es una de las disposiciones más controvertidas y de más compleja aplicación del Reglamento

⁵⁴ Vid. N. BOUZA VIDAL, “Aspectos actuales de autonomía...”, *loc. cit.* pp. 34-51.

⁵⁵ Para una visión de conjunto Reglamento, *vid.*, entre otros T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 5-18; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Codex (Madrid), 2009; S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements”, *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, pp. 41-69; H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (‘Rome I’), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, pp. 3-39; P. LAGARDE, A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *Rev. cri. dr. int. pr.*, vol. 97, n° 4, 2008, pp. 727- 780; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁵⁶ Vid. último inciso del art. 9.1 del Convenio.

⁵⁷ Lo que no impide que sea el propio juez pueda introducir esa norma al debate procesal.

⁵⁸ A diferencia de lo que ocurre, lógicamente, cuando se trata de aplicar normas imperativas del ordenamiento del foro.

⁵⁹ Vid. P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991- II, pp. 287-340.

⁶⁰ Teniendo en cuenta su limitado ámbito de aplicación, ya que dentro de la UE ha sido sustituido por el Reglamento Roma I –a excepción de Dinamarca, y a la espera de cómo se verifica el Brexit respecto de Reino Unido de conformidad con el art. 50 TFUE–, para contrato suscritos tras la aplicación del instrumento europeo, esto es, a partir del 17 de diciembre de 2009.

⁶¹ Vid. art. 22 núm. 1 letra a) del Convenio.

⁶² De modo que resultara aceptable para algunos Estados, en particular, para el Reino Unido, ya que no podía mantenerse la posibilidad de efectuar reservas (*cf.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados”, 18.10.2016, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/10/reglamento-roma-i-ambito-de-aplicacion.html>), consulta el 23 de noviembre de 2016.

Roma I⁶³. La aproximación por la que se opta en el instrumento europeo es también de apertura a las leyes policía extranjeras para todos los Estados miembros vinculados por este Reglamento, pero resulta en la práctica más restrictiva que la solución prevista en el Convenio de Roma. La distinción fundamental entre ambos textos es que el artículo 9.3 del Reglamento introduce restricciones no previstas en el artículo 7.1 del Convenio, con la finalidad clara de reducir la posibilidad de dar efecto a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. La formulación del art. 9.3 Reglamento Roma I limita significativamente la aplicación de las normas imperativas de terceros países en términos siguientes.

En primer término, el Reglamento limita las normas internacionalmente imperativas que pueden incidir en la relación contractual, restringiéndose únicamente a aquellas que estén en vigor en el lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato (y no de cualquier país con el que la situación tenga una conexión) y, siempre y cuando, “hagan la ejecución del contrato ilegal”⁶⁴; lo que sin duda revierte en la seguridad jurídica y da muestra de que el legislador europeo optó por una aplicación realista de este tipo de normas, en la medida que el Estado del lugar de ejecución es un país en el que el contrato trasciende de forma visible y real⁶⁵ -siendo ésta la regla general, sin olvidar aquellos supuestos en los que pueden verse afectados los intereses del Estado donde se debe cumplir la obligación por actos realizados fuera de su jurisdicción⁶⁶-. Por otro lado, en claro paralelismo con el Convenio de Roma, el tenor literal del Reglamento Roma I implica que la aplicación de las normas internacionalmente imperativas extranjeras no es obligatoria -de lo que da muestra la terminología escogida, evitando el término aplicar y optando por la expresión “dar efecto”⁶⁷-. Se trata por tanto de una mera facultad de aplicación por los Estados miembros en función de la naturaleza y objeto de tales normas imperativas y de las previsibles consecuencias de su apreciación -o no- para los intereses de los particulares o del propio Estado en cuestión.

Asimismo, dentro de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados ha surgido la posibilidad de apreciar en la práctica su incidencia en la contratación internacional europea al margen del art. 7.1 del Convenio o del art. 9.3 del Reglamento -y por tanto, sin sujetar su aplicación a los requisitos, condiciones y límites previstos en estas disposiciones-, según se desprende de la reciente doctrina del Tribunal de Justicia (existiendo práctica jurisprudencia española anterior en la misma línea). Por su significativa relevancia en la práctica contractual internacional este supuesto va a ser objeto de análisis separadamente en este trabajo⁶⁸.

Si bien, dado que la aplicación efectiva de las leyes de policía -cualquiera que sea su naturaleza- plantea ciertas cuestiones que requieren de su análisis, previamente abordaremos estos problemas. Por un lado, se referirá la existencia de obstáculos prácticos a la efectiva observancia de las normas internacionalmente imperativas: ya sea mediante un control previo a su aplicación o mediante mecanismos jurisdiccionales que pretenden dificultar dicha aplicación (como son los acuerdos de atribución de jurisdicción a favor de los tribunales de un Estado distinto de aquél del que emana la ley de policía o los acuerdos de sumisión a arbitraje: cláusulas de elección de foro y cláusulas compromisorias, respectivamente). Por otra parte, se apuntarán posibles soluciones -tanto materiales como procedimentales- que pueden permitir superar los obstáculos previamente analizados, para garantizar, en definitiva, el respeto a la imperatividad de las leyes de policía y su efectiva aplicación a todos aquellos supuestos que tienen voluntad de regular.

⁶³ Vid. A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT* (Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2, pp. 52-133.

⁶⁴ Esta aproximación tan restrictiva, resultado de largas negociaciones entre los Estados miembros, ha sido objeto de significativas críticas por la doctrina internacional. A este respecto véase el análisis de este precepto y la doctrina referida en S. LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos Internacionales”, *CDT* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 214-233, en esp. pp. 231-232.

⁶⁵ En este sentido se manifiesta A. L. CALVO CARAVACA, en “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, *loc. cit.*, en esp. p. 129.

⁶⁶ Sobre esta cuestión puede verse, a razón de la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 17 de septiembre de 1982 dictada en el asunto del gasoducto siberiano (*Cep c. Sensor Ned. B.V.*), B. AUDIT, “Extra-territorialité et commerce international. L’affaire du gazoduc sibérien”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 401-434.

⁶⁷ Cf. P. LAGARDE, A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement de Rome I”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, pp. 727-780, en esp. p. 767.

⁶⁸ Cuestión a la que dedicaremos concretamente el apartado IV.

15. Para concluir con este apartado es necesario hacer referencia aquí a otro tipo de normas que no son propiamente leyes policía pero que pueden incidir en los contratos internacionales con independencia de cuál sea su ley rectora (por su carácter no dispositivo), cuando la relación contractual tenga alcance intracomunitario. Se trata de las disposiciones de Derecho europeo imperativas (que no pueden excluirse mediante acuerdo) y su aplicación queda asegurada –en la forma que así se establezca por el Estado miembro del foro⁶⁹– cuando el supuesto esté vinculado con uno o más Estados miembros, aunque las partes hubieran elegido la aplicación del Derecho de un tercer Estado como ordenamiento rector de su contrato (de conformidad con el art. 3 número 4 del Reglamento Roma I). Por lo tanto, se trata de una cláusula general susceptible de aplicación cuando los elementos pertinentes del contrato se encuentren localizados en los Estados miembros.

III. Problemas en la aplicación de las leyes de policía y posibles correctivos

16. Como ya se ha referido anteriormente, las leyes de policía no son siempre de aplicación automática, pese a que se constituyen por disposiciones internacionalmente imperativas y de que gozan de independencia respecto de la norma de conflicto. Por un lado, en determinados casos estas normas de aplicación necesaria o inmediata pueden estar sometidas a control y, por otro lado, es posible que para aquellos supuestos en los que resultan más operativas las leyes de policía, las partes aparten su conocimiento del juzgador del Estado legislador⁷⁰ –de tal manera que pasan ser normas de policía extranjeras para el juez del foro–.

17. Dentro del primer grupo de factores que pueden matizar la aplicación automática de las leyes de policía del Estado del foro se encuentra la pertenencia a la UE. Los Estados miembros tienen libertad para elaborar sus leyes de policía, pero su aplicación se puede ver neutralizada por el control de su adecuación al Derecho europeo –primario– cuando se trate de relaciones intracomunitarias incluidas dentro de su ámbito de aplicación. El tamiz que deben pasar satisfactoriamente las normas imperativas nacionales de los Estados miembros se concreta fundamentalmente en el respeto de los principios básicos de la UE: la libertad de circulación en sus distintas modalidades⁷¹. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una serie de principios sobre la aplicación de las normas imperativas establecidas por los Estados miembros. Por un lado, reconoce el método de las leyes de policía para que los Estados puedan aplicar este tipo de normas pero, por otro lado, condiciona su aplicación a un control de compatibilidad con el orden jurídico europeo⁷².

⁶⁹ En la medida que típicamente este tipo de disposiciones vienen recogidas en Directivas de mínimos cuya trasposición al Derecho interno en el Estado Miembro se deja a su elección pudiendo establecer unos estándares mayores que los marcados por el propio acto.

⁷⁰ Mediante el recurso a la autonomía de la voluntad materializada en cláusulas de elección de foro –o en su caso cláusulas compromisorias de sumisión a arbitraje-. *Vid.* J-M. JACQUET, “La aplicación de las leyes...”, *loc. cit.*, p. 38-42.

⁷¹ En este sentido se ha manifestado el Tribunal de Luxemburgo en aquellos casos en los que la aplicación de las normas de policía de un Estado miembro podían ser susceptible de constituir un obstáculo a la libre circulación. A modo de ejemplo cabe referir, la relación de la regulación sobre salario mínimo –de carácter imperativo– con la libre circulación de servicios en supuestos de desplazamiento de trabajadores asalariados dentro de la UE, *vid.* entre otras, STJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia*, C-164/99, Rec. 2002 I-787, comentada, entre otros por P. RODIÈRE, “Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, pp. 529-552; C. MINET, “La protection des travailleurs détachés dans le cadre d’une prestation de services transfrontalière”, *Recueil Le Dalloz*, 2002 Jur. pp. 3303-3306. En materia de sociedades, la libertad de establecimiento dentro de la UE también ha condicionado la compatibilidad de las legislaciones de los Estados miembros que prevén condiciones para la sociedades constituidas en otros Estado miembro y que desarrollan actividad en su jurisdicción. En este sentido, por ejemplo, sobre la obligación de inscripción en Registro de la actividad en las SSTJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C-167/0, ECLI:EU:C:2003:512, y de 1 de junio de 2006, *Innovatif*, C-453/04, Rec.2006,p.I-4929, éstas y otras sentencias están analizadas en J. M. ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, “Capítulo X. Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios”, en L. I. ORTEGA ÁLVAREZ (Dir.), *Derecho Comunitario Europeo*, Lex Nova (Valladolid), 2007, pp. 355- 459, en esp. pp. 370-372.

⁷² Objetivo y principios determinados por los Tratados fundacionales –modificados y adaptados por distintos tratados y actos-. Sobre el control de la aplicabilidad de la ley de policía con el Derecho de la Unión Europea *vid.* E-A. OPREA, *Droit de l’Union européenne et lois de police*, Harmattan (Paris), 2015, en esp. pp. 249-290.

Si una ley de policía se refiere a una materia que ha sido armonizada por la UE, el referido test de compatibilidad será más intenso y difícil de superar que si se trata de una materia respecto de la cual no existe Derecho europeo derivado; ya que habría que justificar la necesidad de aplicar una norma nacional que limite una libertad fundamental a la luz de la UE en un ámbito en el que los Estados miembros han perdido su competencia exclusiva⁷³.

18. Es evidente que la aplicación de las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía puede verse comprometida en atención al comportamiento de las propias partes contratantes desde el punto de vista jurisdiccional. En primer lugar, el demandante puede evitar la jurisdicción del país de cuyo ordenamiento provienen las normas de policía que se quieren soslayar cuando existan distintos foros de competencia concurrentes. Otra posibilidad de eludir estos tribunales sería de mutuo acuerdo por las partes y se canalizaría a través de su autonomía jurisdiccional en virtud de una cláusula de elección de foro o de arbitraje⁷⁴. La voluntad de las partes puede neutralizar el efecto de las normas internacionalmente imperativas estatales, de tal manera que se evita su aplicación a una relación contractual con la que ese ordenamiento jurídico está vinculado –causando lo que se ha denominado como extranjerización de la ley de policía⁷⁵–.

19. Puesta de manifiesto la posibilidad de las partes de evitar la aplicación de normas internacionalmente imperativas vinculadas a su contrato procede, en la medida de lo posible, indicar los potenciales correctivos o soluciones frente a su inaplicación. En primer lugar, en la medida que existe reglamentación del Derecho de la Unión Europea es posible que la solución venga directamente del ordenamiento jurídico de la Unión (Derecho originario y Derecho derivado). Existen instrumentos europeos que determinan su propio ámbito de aplicación –espacial– incluso para relaciones jurídicas vinculadas con terceros Estados, de tal manera que cuando entren dentro de su ámbito serán aplicables al supuesto. En aquellos casos en los que, como las Directivas, su aplicación espacial no viene delimitado de forma expresa por el legislador europeo – y que tienen por objeto reglamentar determinadas cláusulas contractuales en concretos ámbitos materiales⁷⁶– su aplicación particular al supuesto dependerá de las normas de Derecho internacional privado del Estado miembro del foro (o de su consideración como norma material imperativa de aplicación obligatoria con independencia del Derecho material aplicable según la norma de conflicto, esto es, de su consideración como ley de policía⁷⁷).

En cualquier caso, la previsión contenida en el número 4º del artículo 3 del Reglamento Roma I es un remedio ante la inaplicación de las leyes de policía. Toda vez que esta norma obliga a los Estados miembros a aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión europea que no puedan excluirse por la voluntad de las partes –mediante la elección del Derecho de un tercer Estado como rector de su contrato– cuando los elementos esenciales de la relación jurídica se encuentren vinculados a uno o varios Estados miembros en el momento de dicha elección. La aproximación de esta regla puede entenderse en dos sentidos –que devienen en el mismo resultado: la aplicación de esas normas comunitarias imperativas al contrato con independencia de la ley rectora–. Por un lado, entender que esta regla “internaliza” el contrato: que si bien es internacional está vinculado con la UE, de tal manera que se considera interno desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de la Unión y consecuentemente está sujeto a sus dis-

⁷³ Cf. E. PATAUT, “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS/H. MUIR WATT/É. PATAUT (Dir.), *Les conflicts de lois et le système juridique communautaire*. Falloz (Paris), 2004, pp. 117-143 (en esp. pp. 127 y ss.).

⁷⁴ Un análisis específico de los supuestos de supresión de la competencia de los tribunales del foro mediante cláusulas de arbitraje y cláusulas de elección de foro, como medio para soslayar la aplicación de las leyes de policía, en J.-M. JACQUET, “La aplicación de las leyes...”, *loc. cit.*, pp. 40-42.

⁷⁵ Entre otros utiliza esta terminología *ibidem*.

⁷⁶ Como aquellas en las que están implicados consumidores, trabajadores o distribuidores.

⁷⁷ Tal consideración parecía que derivaba de la doctrina del TJCE asentada en la sentencia *Ingmar* en materia de contratos de agencia (Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB*, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605). Muy criticada por la doctrina por –entre otras cosas– el temor a que asentara las bases para considerar el conjunto del Derecho derivado como una categoría de leyes de policía. Entre otros, L. IDOT, nota a esta sentencia en *Rev. cri. dr. int. Pr.*, 2001, vol. 90, pp. 112-120; L. BERNARDEAU, “Droit communautaire et lois de police. A la suite de l’arrêt CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98”, en *Semaine Juridique*, año 75, nº 24, (13 junio 2001), pp. 1158-1162.

posiciones imperativas. Ahora bien, por otro lado también puede entenderse que lo que realmente hace esta regla es consagrar como leyes de policía las disposiciones imperativas del Derecho europeo para aquellos contratos conectados con la Unión Europea⁷⁸.

20. Fuera del radio de actuación del Derecho de la Unión Europea, ya centrándonos en supuestos de inaplicación de normas internacionalmente imperativas estatales extranjeras por mutuo acuerdo entre las partes, habría que plantearse qué medidas podrían permitir su aplicación. En este sentido, parecería necesario considerar la posibilidad de establecer límites a la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito de la prórroga de la competencia (límites que también derivan del Derecho material imperativo aplicable al contrato y a través del recurso al orden público en el momento del reconocimiento y ejecución de la resolución emitida por el tribunal de la jurisdicción elegida por las partes⁷⁹).

En este sentido, en los sistemas estatales deberían plantearse la posibilidad de declarar la falta de validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción cuando con ellas se pretenda derogar la competencia de los tribunales nacionales del Estado del que emana la norma internacionalmente imperativa -que resulta aplicable y está en vigor-⁸⁰. Otra posible solución para dejar sin efectos en la práctica el acuerdo de elección podría canalizarse a través de la institución del *forum non conveniens* -para aquellos sistemas en las que esta figura está permitida⁸¹-. De tal manera que se permitiera a los jueces -cuya competencia se ha prorrogado por voluntad de las partes- dejar de conocer del caso si las partes hubieran vulnerado normas imperativas de otro Estado cuya jurisdicción estuviera mejor posicionada para conocer del litigio. De esta forma se evitaría la búsqueda por las partes de los foros más favorables, en definitiva, el *forum shopping* en la huida de la aplicación de normativa imperativa contraria a sus intereses particulares.

Para otros sistemas en los que no fuera posible ninguna de las anteriores soluciones habría que resolver esta cuestión en sede de reconocimiento. Así, cabría plantearse la incidencia y aplicación de las normas internacionalmente imperativas, después de resolverse el litigio, desde la perspectiva del Estado de cuyo ordenamiento jurídico forman parte aquellas cuando sean sus tribunales los que deban pronunciarse sobre los efectos que la resolución extranjera debe producir en su jurisdicción -de conformidad con su ordenamiento-. En este sentido únicamente podría plantearse la eventual virtualidad de estas normas imperativas que inicialmente fueron soslayadas por las partes -mediante un acuerdo de elección de foro/arbitraje- si se solicita el *exequatur* ante los tribunales del país del que proviene la ley de policía en cuestión. En todo caso, y toda vez que la no aplicación de la ley de policía por el Estado de origen no constituye en sí misma una causa autónoma de denegación del reconocimiento y/o ejecución de sentencia extranjera en ningún sistema de homologación de resoluciones judiciales extranjeras, la forma de canalizar la cuestión sería a través del recurso al orden público (declarando la incompatibilidad de la decisión dictada sobre la base de cláusulas de jurisdicción que buscan eludir la aplicación de una norma de policía). Esta sería básicamente la única posibilidad para resolver la cuestión en sede de reconocimiento, toda vez que, aunque el control de ley aplicada sería otra opción, es un control de la decisión extranjera muy poco extendido en el Derecho comparado -como consecuencia del reconocimiento generalizado del principio de prohibición de revisión de fondo-. En cualquier caso, el control del orden público in-

⁷⁸ En este sentido, *vid.* G. P. ROMANO, “Le choix des Principes Unidroit par les contractants à l’épreuve des dispositions impératives”, *Journ. dr. int. (Clunet)*, 2007, vol. 134, n° 2, pp. 473-495.

⁷⁹ *Cf.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 898.

⁸⁰ Existe práctica jurisprudencial nacional que ha operado en este sentido: rechazando la aplicación de una cláusula de elección de jurisdicción a tribunal extranjero cuando con ello se pretende soslayar la aplicación de normas imperativas vigentes en el foro. Así, cabe referir la sentencia del BGH de 5 de septiembre de 2012 (fuente: <http://conflictoflaws.net/2013/german-federal-court-rules-on-jurisdiction-clauses-and-mandatory-rules/>), en el que el tribunal alemán rechazó la aplicación de la cláusula de elección a los tribunales de Virginia, en un supuesto de contrato de agencia para resolver sobre el derecho a indemnización del agente tras la terminación del contrato, por vulnerar los arts. 17 y 18 de la Directiva sobre agentes (Directiva 86/653, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes).

⁸¹ Sobre esta figura y su encaje dentro del ámbito europeo *vid.*, entre la doctrina nacional, M. HERRÁNZ BALLESTEROS, *Forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, en esp. Cap. IV; en lo que respecta a la doctrina internacional, hay varias monografías de referencia, entre otras: A. NUYTS, *L’exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant y LGDJ, 2003; M. KARAYANNI, *Forum Non Conveniens in the Modern Age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law*, Nijhoff, New York, 2004.

ternacional no garantiza la aplicación automática de la ley de policía en cuestión, pues no está claro que este control incluya sistemáticamente la verificación del respeto a las leyes de policía del foro⁸².

En definitiva, los posibles métodos o soluciones correctivas ante supuestos de inaplicación de normas materialmente imperativas por voluntad de las partes dependerán de los distintos sistemas de Derecho procesal internacional de cada Estado, pues estos serán los que determinen el alcance real de la autonomía de la voluntad y la incidencia de las leyes de policía.

IV. Normas imperativas de terceros Estados en la práctica jurisprudencial

21. Al margen de los supuestos en los que el tribunal del foro puede aplicar al amparo del sistema de referencia las normas materialmente imperativas de terceros Estados al litigio principal -según las circunstancias concretas del caso y verificados los factores indicados-, la incidencia de este tipo de disposiciones también podría venir por su toma en consideración como circunstancia de hecho por el tribunal cuando así lo establezcan las normas de la ley rectora del fondo -la *lex contractus*-. Es precisamente esta posibilidad y su tratamiento lo que ha sido objeto de análisis en la reciente sentencia *Nikiforidis* del TJUE, lo que justifica el análisis detallado de esta resolución⁸³. Asimismo, es posible referir ejemplos de la práctica jurisprudencial nacional de ciertos Estados miembros en la que se observa la toma en consideración de normas de policía de terceros Estados al margen del art. 9.3 del Reglamento Roma I, en claro paralelismo a la aproximación adoptada por el Tribunal de Justicia en este asunto. En este sentido, la reciente práctica de los tribunales españoles resulta ilustrativa y por ello merecedora de estudio.

1. La doctrina del TJUE: a propósito de la sentencia *Nikiforidis*

22. Antes de entrar a analizar pormenorizadamente la resolución en cuestión es necesario contextualizar previamente el supuesto para entender la solución adoptada por el Tribunal de Justicia. El litigio principal del que trae causa la cuestión prejudicial planteada que se resuelve por el TJUE en el asunto *Nikiforidis* no es un supuesto típico. Concretamente el objeto de la consulta se centraba en la posibilidad de que un tribunal alemán diera efecto a ciertas medidas griegas para la reducción del déficit en relación con la rebaja del salario de los empleados del sector público con relación a un profesor (el Sr. Nikiforidis) de una escuela de primaria situada en Alemania pero gestionada por Grecia siendo la ley alemana la aplicable al contrato de trabajo.

En este contexto, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido que, en relación con el régimen de los contratos internacionales, cuando de lo que se trata no es propiamente de la aplicación de una ley de policía extranjera sino de su mera toma en consideración -a efectos relevantes al aplicar la ley rectora del contrato-, no es aplicable el artículo 9 número 3 del Reglamento Roma I (y por tanto tampoco sus restricciones). Esta resolución resulta significativa por cuanto que delimita respecto de este instrumento europeo dos aspectos muy significativos en el ámbito de la contratación internacional. Por un lado, en la medida que fija el alcance del artículo 9.3 y, por otro, porque también concreta el ámbito de aplicación temporal del Reglamento, en particular respecto de los contratos de larga duración que fueron celebrados antes de su fecha de aplicación⁸⁴. Ambas cuestiones serán objeto de análisis diferenciado en los siguientes párrafos.

⁸² En este sentido, la jurisprudencia francesa se reserva este recurso únicamente cuando se trate de un supuesto probado de fraude de ley de policía del ordenamiento francés. Cf. J-M- JACQUET, "La aplicación de las leyes...", *loc. cit.*, pp. 45, y doctrina allí referida en nota a pie nº 23.

⁸³ Se trata de la primera resolución del TJUE sobre las reglas relativas a la aplicación de las leyes de policía en interpretación del artículo 9 del Reglamento Roma I, ya que la sentencia *Unamar* resolvía esta cuestión desde punto de vista del art. 7 del Convenio de Roma de 1980 (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663).

⁸⁴ 17 de diciembre de 2009.

A) Interpretación y alcance del art. 9.3 del Reglamento Roma I

23. En lo que respecta a la interpretación del artículo 9.3 del Reglamento, la aportación básica de la sentencia se recoge en su apartado 51 y en el último inciso del párrafo segundo del fallo. El tribunal precisa en este sentido que esta disposición “no se opone a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato... lo prevea”. Consecuentemente, a este respecto –toma en consideración como circunstancia de hecho– no operan las restricciones establecidas por el art. 9.3 respecto de los ordenamientos jurídicos cuyas normas internacionalmente imperativas pueden resultar aplicables –pues éstas sólo operan con respecto a su aplicación en sentido propio–.

El Tribunal de Justicia de esta forma ha ido más allá en la interpretación de la regla contenida en el art. 9.3, puesto que esta conclusión no se deduce automáticamente del tenor literal de la disposición –que va referido exclusivamente a la aplicación de este tipo de normas–. Para el tribunal la expresión “dar efecto” incluye tanto la aplicación en sentido propio como la toma en consideración de la ley de policía, pero las limitaciones contenidas en este artículo no operarán para el caso de la toma en consideración sólo para la aplicación en sentido formal o propio⁸⁵. Esta distinción terminológica –con tratamiento diferenciado a la luz de la decisión del TJUE en lo que respecta a las normas imperativas extranjeras– requiere de un análisis del alcance de uno y otro concepto. La aplicación en sentido propio de una norma internacionalmente imperativa extranjera implica que en el enjuiciamiento de la situación privada internacional se adopta directamente la consecuencia jurídica que recoge la ley de policía⁸⁶. Ahora bien, por lo que se refiere a la toma en consideración, ésta supone utilizar la ley de policía⁸⁷ como dato relevante en la configuración del supuesto de hecho de las normas que resultan aplicables según la ley rectora del contrato –*lex contractus*–. Con este asunto esta diferenciación adquiere significativa relevancia en el ámbito del Derecho europeo contractual –operación que en determinados casos puede resultar bastante complicada⁸⁸–.

Esta aproximación –con tratamiento diferenciado en función de si se trata de aplicar en sentido propio o tomar en consideración– queda clara de la lectura del inciso final del párrafo segundo del fallo del Tribunal⁸⁹. Esta resolución tiene notables consecuencias en el ámbito del Derecho europeo de la contratación internacional, pues restringe significativamente la incidencia práctica del art. 9.3 de Reglamento Roma I, en la medida que permite la toma en consideración de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados como circunstancia de hecho al margen de esta disposición –y por lo tanto sin sus limitaciones en cuanto a las leyes de policía a las que puede darse efecto–.

24. En conclusión, el Tribunal de Justicia establece que la mera toma en consideración de la ley extranjera –a diferencia de su aplicación en sentido estricto– viene referida a la aplicación de las normas materiales de la *lex contractus* y, en consecuencia, también la posibilidad de tener en cuenta en ese marco la norma extranjera como circunstancia de hecho. Consiguientemente, esta cuestión no es propiamente una cuestión conflictual –que deba resolverse a través del Reglamento Roma I⁹⁰, sino una vez concretado el Derecho aplicable al fondo determinado de conformidad con el instrumento europeo. El riesgo de inseguridad jurídica y falta de previsibilidad que se vincula a la posibilidad de dar efecto a

⁸⁵ En este sentido se manifiesta P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados”, 18 de octubre de 2016 (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/10/reglamento-roma-i-ambito-de-aplicacion.html#more>).

⁸⁶ Por ejemplo, que se declare la ineficacia por nulidad de cláusulas contractuales por resultar abusivas o de todo el contrato por tener un objeto prohibido.

⁸⁷ Normas por ejemplo que pueden hacer que el cumplimiento de una prestación contractual, como la entrega de un bien, resulte imposible.

⁸⁸ A este respecto podemos traer a colación las palabras del Abogado General en sus conclusiones para el asunto de referencia, afirmando que esa diferencia práctica “es casi imperceptible” (*cf.* apdo. 101, ECLI:EU:C:2016:281).

⁸⁹ Después de que el primer inciso del párrafo segundo constatare la interpretación lógica de la norma según el tenor literal de la disposición.

⁹⁰ No es una cuestión por tanto unificada por este instrumento dentro de la UE (apartado 52 de la sentencia).

leyes imperativas de distintos ordenamientos jurídicos a la situación privada internacional –y que justifica las restricciones respecto de las normas imperativas que pueden ser aplicadas según el art. 9.3 del Reglamento– no se plantean cuando se trata de tomar en consideración tales normas como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato lo prevea (ap. 47 de la sentencia). En consecuencia, en ausencia de inseguridad y falta de previsibilidad debida, las limitaciones previstas en el artículo 9.3 del Reglamento no operan⁹¹. Asimismo, esta interpretación del Tribunal de Justicia implica que tampoco opere la previsión de este artículo relativa a los factores que debe valorar el tribunal del foro para decidir si tomar en consideración o no la norma de policía extranjera, esto es, su naturaleza y objeto. Si bien queda fuera de toda duda la conveniencia de que el tribunal del foro tenga en cuenta la naturaleza y objeto de las leyes imperativas extranjeras desde la perspectiva de su ordenamiento –incluyendo sus objetivos y valoración–, para decidir sobre la mera toma en consideración de aquellas esto no resulta determinante. Como se deriva de la sentencia analizada –apartados 52 y 53–, lo determinante a tales efectos será el Derecho material aplicable al fondo, ya que la eventual toma en consideración de las normas de esta naturaleza tendrá lugar en el marco de la aplicación e interpretación de la *lex contractus*.

B) Ámbito temporal del Reglamento Roma I sobre modificaciones o prórrogas de contratos anteriores a su entrada en vigor

25. La segunda de las cuestiones que esta sentencia aborda respecto del Reglamento Roma I afecta a su ámbito de aplicación temporal en relación con los contratos de larga duración –en lo que con frecuencia existen prórrogas o modificaciones a la versión inicial–. En este sentido, el Tribunal confirma la aproximación razonable de acuerdo con el texto del instrumento. Así, los futuros efectos de los contratos celebrados antes de la fecha de aplicación del instrumento europeo –17 de diciembre de 2009– no quedan comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, como tampoco quedarían cubiertas las meras manifestaciones de consentimiento para prorrogar un contrato celebrado antes de esa fecha, ni la introducción de pequeñas modificaciones en ese tipo de contratos. En cambio, sí que cierto tipo de modificaciones –sustanciales– posteriores a esa fecha pueden dar lugar a que se considere entonces como un contrato cubierto por el Reglamento, considerando la fecha de la modificación como la referente para su aplicación. A estos efectos el Tribunal facilita el criterio determinante para entender que concurre esa circunstancia: que la relación sea “objeto, como consecuencia del consentimiento mutuo de las partes contratantes manifestado con posterioridad a la referida fecha, de una modificación de tal envergadura que deba considerarse que se ha celebrado un nuevo contrato después de esa fecha...”⁹².

Si bien es cierto que el criterio que el Tribunal proporciona a estos efectos resulta razonable no es muy concreto, por lo que el tribunal del foro requerirá de indicaciones adicionales para que la seguridad jurídica y previsibilidad en la determinación de la norma de conflicto aplicable esté garantizada (objetivo general del Reglamento⁹³, como destaca el propio apartado 36 de la sentencia)⁹⁴.

2. La toma en consideración de normas imperativas por la reciente jurisprudencia española

26. En este apartado vamos a analizar una reciente sentencia española que resulta ilustrativa respecto de la toma en consideración de las normas imperativas extranjeras a contratos internacionales al margen del artículo 9.3 del Reglamento Roma I, en línea con el planteamiento adoptado por el Tribunal

⁹¹ Restringiendo notablemente el significado práctico del artículo 9.3 Reglamento Roma I y de los cambios introducidos en esta disposición con respecto al texto del artículo 7.2 del Convenio de Roma (cf. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento Roma I...”, *loc. cit.*

⁹² *Vid.* apartado 39 y párrafo 1º del fallo de la sentencia.

⁹³ De conformidad con el considerando 16 del Reglamento Roma I.

⁹⁴ Por lo que por la doctrina internacional esta resolución en este aspecto no la ha tenido buena acogida. Entre ellos, G. VAN CALSTER, “Which strap on which boot? CJEU rejects von Munchausen in Nikiforidis, without suggesting alternative. And it leaves effet utile stranded in the mud.”, *Conflict of Laws /Private international law*, 28/10/2016, en <https://gavclaw.com/2016/10/28/which-strap-on-which-boot-cjeu-rejects-von-munchausen-in-nikiforidis-without-suggesting-alternative-and-it-leaves-effet-utile-stranded-in-the-mud/>, consulta de 18 de diciembre de 2016.

de Justicia. Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial (sala de lo Civil) de Madrid (Sección Undécima) de 30 de marzo de 2016⁹⁵ que resuelve sobre la aplicación –como elemento fáctico– de normas imperativas de tercer Estado (normas rusas) a la resolución de un contrato (contrato de prestación de servicios de adopción internacional para la tramitación de un expediente en la Federación rusa) suscrito entre partes españolas y regido por el Derecho español.

La sentencia de la Audiencia toma en consideración normas internacionalmente imperativas rusas que entraron en vigor durante el desarrollo del contrato, y lo hace sin hacer referencia al instrumento europeo (pese a que se refiere a normas del ordenamiento jurídico del lugar de ejecución del contrato cubierto por el art. 9.3 del Reglamento). Se trata de normas de policía que no responden a los mismos objetivos que las normas que en materia de adopción recoge el ordenamiento español (ordenamiento del foro)⁹⁶. No obstante, el tribunal español toma estas normas imperativas sobrevenidas como elemento de hecho relevante a la hora de decidir sobre la resolución del contrato y la procedencia de la correspondiente indemnización (recordemos que se trataba de un contrato entre partes españolas, reglamentado por el Derecho español que debía ser ejecutado en Rusia). Para el tribunal de apelación la entrada en vigor estas normas internacionalmente imperativas rusas dio lugar a una situación de imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la obligación y por lo tanto procedía la resolución del contrato de prestación de servicios así como la concesión de una indemnización por tal consecuencia.

V. Conclusiones

27. En este trabajo se han abordado algunas cuestiones que plantea con carácter general la aplicación de las leyes de policía, con especial énfasis en el ámbito del Derecho contractual de la Unión Europea. Por cuanto se refiere a las normas de este tipo pertenecientes al ordenamiento jurídico de terceros Estados su aplicación resulta significativamente más compleja; lo que justifica una mayor atención a esta cuestión desde la perspectiva europea, en especial a luz de su tratamiento por el instrumento europeo clave en el ámbito de la contratación internacional: el Reglamento Roma I, mucho más restrictivo en esta materia que su predecesor el Convenio de Roma de 1980, y la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Frente a la aplicación automática o de oficio de las normas internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro y del Derecho rector del fondo *-lex causae-* que tengan la consideración de leyes de policía a los efectos del instrumento en el Derecho europeo contractual (consecuencia del carácter obligatorio de su aplicación según los artículos 9.2 Reglamento Roma I y 7.2 del Convenio de Roma), la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados dependerá de su necesidad, y ésta resultará del análisis particular de las circunstancias de cada caso, en atención a su naturaleza y objeto y a las consecuencias de su aplicación o inaplicación. Se observa en los textos internacionales europeos una aproximación restrictiva por lo que se refiere a la aplicación de estas normas en sentido propio. En primer lugar, respecto de qué normas internacionalmente imperativas extranjeras puede el foro considerar su aplicación para resolver sobre el fondo: únicamente del ordenamiento jurídico del lugar de ejecución del contrato cuando dichas normas hagan aquella ilegal (según art. 9.3 Reglamento Roma I) o del ordenamiento con el que la situación jurídica presente un vínculo estrecho (de conformidad con el art. 7.1 del Convenio de Roma) y siempre sujeto a la valoración por el tribunal de la naturaleza y objeto de la ley imperativa en cuestión (para su consideración como norma de policía a los efectos de sistema europeo) y las consecuencias sobre el litigio de su aplicación o inaplicación -en los mismos términos en el art. 9.3 del Reglamento y art. 7.1 Convenio de Roma-.

28. En este panorama la reciente sentencia *Nikiforidis* del Tribunal de Justicia resulta muy significativa para el sector de la contratación internacional en el ámbito europeo, por cuanto abre la puerta a los Estados miembros para tomar en consideración normas de policía de terceros Estados, como elemento

⁹⁵ España, Audiencia Provincial, sala de lo Civil de Madrid, Sección Undécima, sentencia de 30 de marzo de 2016, magistrado ponente Cesareo Francisco Duro Ventura, ECLI:ES:APM:2016:4159.

⁹⁶ Ley federal 167 de 2 de julio de 2012 que impiden adoptar a familias monoparentales en la Federación Rusa.

fáctico en el marco de la *lex contractus*, sin sujetarla a las restricciones y condicionantes previstos en el art. 9.3 del Reglamento Roma I. De esta forma el Tribunal de Justicia diferencia la aplicación en sentido estricto de las leyes de policía –para resolver sobre el fondo del litigio– de su toma en consideración –para establecer las circunstancias de hecho relevantes al aplicar la ley que rige el contrato internacional– para delimitar el alcance del art. 9.3 del Reglamento Roma I (y por tanto para determinar cuándo procede la verificación de las condiciones y requisitos necesarios para su aplicación con base en esta disposición).

Las consecuencias prácticas para la contratación internacional en Europa de la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia en esta resolución son evidentes. Por un lado, permite a los Estados miembros tomar en consideración en este sentido normas de aplicación necesaria de terceros países distintas de aquellas pertenecientes al ordenamiento del lugar de ejecución del contrato (lo que podía resultar posible como ley de policía en el marco del Convenio de Roma y no así en el Reglamento Roma I). Por otro, da cabida a que esta incidencia se podrá hacer sin tener obligatoriamente que valorar la naturaleza y objeto de la norma internacionalmente imperativa –pese a que resulte conveniente dicho análisis a la luz del ordenamiento del foro–; puesto que no se trata de aplicarla como norma de policía para resolver sobre fondo del asunto, sino como presupuesto para la aplicación de la ley rectora del contrato. En consecuencia, en este último aspecto lo determinante a tales efectos será el Derecho material aplicable al fondo, dado que la eventual toma en consideración de estas normas tendrá lugar en el marco de la aplicación e interpretación de la ley rectora del contrato.

Por último, también resulta especialmente relevante esta sentencia por cuanto que delimita el ámbito de aplicación temporal del Reglamento Roma I, extendiendo su aplicación a contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor cuando respecto de aquellos se realicen modificaciones sustanciales posteriores a dicha fecha y éstas puedan dar lugar a que se considere como un contrato cubierto por el Reglamento –siendo la fecha de la modificación como la referente para la aplicación del instrumento europeo–.

RECOGNITION OF SAME-SEX MARRIAGES, OVERCOMING GENDER BARRIERS IN ITALY AND THE ITALIAN LAW N° 76/2016 ON CIVIL UNIONS. FIRST REMARKS

RICONOSCIMENTO DEI MATRIMONI OMOSESSUALI, SUPERAMENTO DELLE BARRIERE DI GENERE IN ITALIA E LEGGE N. 76/2016 SULLE UNIONI CIVILI. PRIME RIFLESSIONI

EVA DE GÖTZEN

*Dottore di ricerca in Diritto Internazionale - Ph.D International Law
Università degli Studi di Milano*

Recibido: 16.04.2017 / Aceptado: 06.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3871>

Abstract: This contribution will focus on the relationship between the Italian legal system and same-sex couples. Firstly, certain key issues which have arisen so far in the context of cross-border same-sex couples under the former Italian legal system will be tackled in order to investigate how this system handled non-traditional family ties established abroad when lacking the relevant legal framework. Secondly, the brand new Italian law no. 76/2016 on same-sex civil unions and *de facto* cohabitants will be briefly addressed in order to verify whether this law effectively fits the overall aim to overcome gender barriers in family matters in Italy. Lastly, the new Italian conflicts-of-law rules devoted to cross-border civil unions will be considered in order to evaluate whether the serious drawbacks arising from a denied genderless continuity of family status granted abroad are effectively overcome.

Keywords: same-sex marriages, same-sex adoption, civil unions, continuity of family status, public policy.

Riassunto: Il presente contributo analizza i rapporti tra ordinamento italiano e coppie omosessuali. In primo luogo, saranno affrontati alcuni problemi sorti nell'ambito dell'ordinamento italiano in merito al trattamento delle coppie omosessuali con elementi d'internazionalità al fine di verificare come tale ordinamento abbia gestito i rapporti familiari non tradizionali sorti all'estero pur in difetto di una disciplina di riferimento. In secondo luogo, si analizzerà brevemente la recente legge n. 76/2016 sulle unioni civili e coabitazioni di fatto al fine di verificare se essa effettivamente consenta di superare le barriere di genere in Italia. Da ultimo, si esamineranno le nuove norme di conflitto italiane relative alle unioni civili transfrontaliere onde appurare se consentono di superare i problemi connessi al difetto di continuità in Italia di uno status personale acquisito all'estero.

Parole chiave: matrimoni omosessuali, adozione di coppie omosessuali, unioni civili, continuità di status familiari, ordine pubblico.

Somario: I. Shortcomings of former situation. Same-sex relationships and related issues. – II. Same-sex marriages in Italy before the Italian law no 76/2016 – III. Same-sex couple's parenthood in Italy before the Italian law no 76/2016 – IV. The Italian law n° 76/2016 on civil unions and *de facto* cohabitations. An overview. – V. The Italian Decree no 7/2017 on PIL rules and civil unions. First remarks. – VI Cross-border same-sex couples and the on-going legal vacuum. Possible solutions. – VII. The genderless continuity of family status granted abroad. Easier said than done?

I. Shortcomings of former situation. Same-sex relationships and related issues

1. Family law has undergone a radical change over the last twenty years¹.

2. On the one hand, due to an emerging consensus at the global level, over the recent decades several States legislated in favour of same-sex couples, thus granting legal recognition to these relationships. As a matter of fact, in a handful of countries, marriage has been opened to same-sex couples. In others, rules governing registered partnerships have been enacted, which by and large extend most provisions concerning marriage to these unions regardless of the sex of the partners. In other words, some countries offered same-sex couples a close copy of the marriage while others have opted for a less favourable regime. Since the abovementioned institutions differ one another in the final analysis, it is not going too far to say that same-sex registered partnerships actually do not always benefit from the same status as married couples.

3. On the other hand, same-sex marriage is still a very sensitive subject. As a matter of fact, albeit significant developments occurred in a number of countries towards greater openness and acceptance of same-sex couples, nonetheless a few States still deny legal recognition to same-sex relationships. In the majority of cases, marriage is not available to same-sex couples, by being required by national legal system that the intending spouses are of different sex. Likewise, same-sex couples may have no other means of safeguarding their relationship, by being prevented from entering into any other type of legally recognized relationship. As a result, rights, benefits or obligations are limited to different-sex married couples, while same-sex couples are denied any form of protection.

4. In addition, same-sex partners – who have formalized their relationship to some extent – may face legal uncertainties when crossing the borders and the relationship becomes subject to an alien legal system. Usually, if the homosexual relationship is identified under the national system concerned, the administrative authorities and the courts of the State addressed will presumptively recognize the foreign personal status arising from such a relationship, thus placing foreign same-sex couples and national married couples on an equal footing. Otherwise, if same-sex couples move to a State whose national legislation neither recognizes the status of the same-sex partners in relation to one another, or in relation to their (adopted) children, or third parties nor confers rights or obligations on same-sex relationships, issues may arise abroad concerning the validity or effects of this relationship or aspects thereof, thus being the cross-border continuity of the relevant legal situation severely undermined.²

5. For instance, over the past years same-sex couples were unable to marry under Italian law. Moreover, an alternative union allowing them to have their relationship recognised and protected under the former national legal system was lacking.³ In other words, the Italian law did not recognize in any meaningful way a same-sex living-together relationship outside marriage. Accordingly, same-sex couples could enter into neither a marriage nor another life partnership in Italy, so that their position in this country has remained uncertain for years. In such a context, the personal status arising from a same-sex marriage awarded abroad could not be identified under the Italian legal system, by lacking any rule concerning its automatic recognition. Therefore, over the past years such a foreign “unknown” legal situation has been denied any recognition in Italy, thus producing absolutely no legal effects in this country.

¹ D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO, *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdiction*, Berlin, 2014; K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, in *European family law series*, Antwerp, 2003.

² G. BIAGIONI, “On recognition of foreign same-sex marriages and partnerships”, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO, *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdiction* cit., p. 359-380. On this topic see also S.L. GOESSL, “From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or ...?”, *Journal of private international law*, 2016, p. 261-280; J. BORG-BARTHET, “The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU”, *Journal of private international law*, 2012, p. 359-388.

³ S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007.

6. Troubles have equally arisen as regards children born abroad through surrogated motherhood or adopted in a foreign country, to be registered in Italy as the joint child of same-sex couples. Surrogacy is still banned from the Italian legal system while same-sex couples' adoption is currently prohibited in Italy.⁴ Therefore, it happened that a child raised within a same-sex union abroad has been prevented from establishing a legal parentage to one or both of the parents in Italy, while the related partners faced uncertainty regarding their parental rights as parents of a child to whom they may be not biologically related, thus being affected by the so-called limping relationships.

7. With a view of avoiding or, at least, reducing the harmful impact of the former situation, Italy has finally considered the possibility of providing same-sex couples with legal remedies aimed at addressing the troubles they face in their everyday life, thus passing the Italian Law no.76/2016 on same-sex civil unions and *de facto* cohabitants.⁵

8. This contribution will thus focus on the Italian legal system, addressing the former state of affairs, speculating about current developments and drawing related conclusions. To this end, by way of background, certain key issues which have arisen so far in the context of cross-border same-sex couples under the Italian legal system will be firstly tackled and the related solutions provided for by Italian case-law (also in light of the relevant ECtHR's precedents) will be discussed in order to investigate how this system handled non-traditional family ties established abroad when lacking the relevant legal framework. Secondly, the brand new Italian law no. 76/2016 on same-sex civil unions and *de facto* cohabitants will be briefly addressed, in order to assess whether, and to what extent, this law effectively fits the overall aim to overcome gender barriers in family matters in Italy. Lastly, the new Italian conflicts-of-law rules (Italian Decree no 7/2017) devoted to cross-border civil unions will be considered in order to evaluate whether this instrument effectively remedies the serious drawbacks arising from a denied genderless continuity of family status granted abroad, thus enhancing the recognition of non-traditional family ties in Italy.

II. Same-sex marriages in Italy before the Italian law no 76/2016

9. As previously mentioned, Italy came under these States which for a long time did not pass any substantive legislation about same-sex marriages. In such a context, once a same-sex couple lawfully married abroad sought for the recognition in Italy of their marriage - which reasonably implies the transcription of the foreign marriage certificate into the Italian civil register for the related updating - the validity of the foreign marital relationship has been deeply questioned by the Italian Civil Registrar. As a matter of fact, at this stage the national Registrar is expected to assess, by determining the applicable law in the individual case, firstly, whether the relevant personal status has been validly awarded abroad and, secondly, whether the registration of the foreign marriage is allowed under the Italian legal system in that the (effects of a) *status maritalis* awarded abroad overcomes any public policy exception.⁶

10. According to former Italian case-law, foreign same-sex marriages cannot be equated to a marriage in its traditional way under the Italian law due to the lack of the essential requirement of the

⁴ See Article 1(20), Italian Law n° 76/2016 (see below, paragraph 4), which does not allow for same-sex couples adoption. Otherwise, surrogated motherhood is explicitly prohibited by Article 12(6), Italian law n° 40/2004 of 19 February 2004 (the Medically Assisted Reproduction Act).

⁵ Law n° 76 of 20 May 2016, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Italian Official Journal n° 118 of 21 May 2016, available in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 891 ff.

⁶ As a matter of fact, the Italian Presidential Decree no. 396 of 3 November 2000 (Simplification of Civil Status Act) provides that civil status records drawn up abroad cannot be entered into the Italian register if they are contrary to public order (section 18). See N. BOSCHIERO, "Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien", *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 50 ss.; E. DE GÖTZEN, "Rainbow Families e Diritto Internazionale Privato: Conflitti di Norme e Conflitto di Valori nella Circolazione degli Status Personali", in C. CASONATO, A. SCHUSTER (eds.), *Rights on the move: rainbow families in Europe: proceedings of the conference: Trento, 16-17 October 2014*, 2014, p. 175.

difference in sex between the spouses. As a matter of fact, the domestic notion of marriage, to which both the Italian Constitution (Article 29) and the Italian Civil Code (Article 79 ff.) refer, covers only the traditional marital relationship between people of different sex. Moreover, the Italian substantive rules are not gender neutral in that they expressly refer to categories such as “husband” and “wife”. Therefore, since under (former) Italian law same-sex couples were not entitled to enter into a marriage in Italy, at first the Constitutional Court ruled that a foreign same-sex marriage lawfully entered into abroad should have been regarded as “*non-existent*” under the Italian legal system as well as contrary to Italian public policy.⁷ Consistently, the denied transcription in Italy of a foreign same-sex marriage certificate has been deemed as lawful by national lower courts.⁸ As a result, at the time same-sex partners could be lawfully married in the State of origin but they would not have been legally bound by any family ties in Italy. However, it cannot be denied that two people of the same-sex in a stable cohabitation can be regarded as a “social group” within the meaning of Article 2 of the Constitution, thus having the fundamental right to freely express their personality in a couple. Accordingly, the abovementioned finding of the Constitutional Court pointed out that there was a duty upon the Italian legislator to enact an *ad hoc* regime (not necessarily by granting same-sex couples access to marriage) aimed at providing same-sex partners with the legal protection their relationship deserves.⁹

11. In the meanwhile, in the *Schalk & Kopf* case, the Strasbourg Court stated that contracting States enjoy a wide margin of appreciation in granting protection to same-sex couple’s rights, since there is no positive obligation under the HR Convention to grant such couples access to marriage. Notwithstanding this, even cohabiting same-sex partners living in a stable *de facto* relationship falls within the notion of “family life” provided for by Article 8 ECHR. Therefore, same-sex couples should be regarded as being in a similar situation to different-sex couples as regards the legal recognition of their relationship to be granted.¹⁰

12. Following the ECtHR precedent, in an *obiter dictum* of judgment no. 4184/2012 - concerning two same-sex Italian citizens who got married in the Netherlands and who had challenged the refusal of Italian authorities to register their marriage in the Italian civil status record on the grounds of public policy exception - the Italian Supreme Court held that, albeit same-sex marriages could no longer be regarded either as “*non-existent*” under Italian legal system or contrary to the Italian public order, nonetheless the claimants had no right to register their marriage. As a matter of fact, by lacking an *ad hoc* regime devoted to same-sex relationships, the relationship at stake was regarded as being “*unsuitable to take effect under Italian law*”.¹¹ Therefore, the non-transcription of homosexual unions depended neither by their “non-existence” nor by their “invalidity” but by their inability to produce, as marriage records precisely, legal effects in the Italian system. In other words, such recognition, if at all possible, would have taken no effects in Italy without the appropriate legal framework having been enacted by the Italian Parliament. As a result, at this stage the partners were (still) in the unsatisfactory position of enjoying a certain status in the celebrating State but being nonetheless prevented from any family life in Italy albeit being entitled to it under the Italian Constitution (Article 2).

⁷ Italian Constitutional Court, 15 April 2010, judgment n° 138, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2010, p. 979.

⁸ See *ex multis* Tribunal of Latina, decree of 10 June 2005, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2005, p. 1095.

⁹ See above, footnote no 7.

¹⁰ ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria* (application n° 30141/04). Similarly, see *Gas and Dubois v. France* (application n° 25951/07) and *Hämäläinen v. Finland* (application n° 37359/09). In *Vallianatos and Others v. Greece* (applications n° 29381/09 and 32684/09), the ECHR found Greece violated the HR Convention by excluding same-sex couples from the national civil union regime, which opened civil unions to opposite-sex couples only, on which see D. RUDAN, “Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull’orientamento sessuale: il caso Vallianatos”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 232-236.

¹¹ Supreme Court, 15 March 2012, judgment n° 4184, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 2012, p. 747. Similarly, Court of Appeal of Milan, 13 March - 6 November 2015, judgment n° 2286, available at <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/11/Corte-Appello-Milano-trascrizione-matrimonio-stesso-sesso.pdf>.

13. Then, as a follow-up to judgment no 138/2010, in its judgment no 170/2014 concerning “forced divorce” following gender reassignment of one of the spouses, the Constitutional Court, in affirming the on-going same-sex marriages’ inability to produce legal effects under the Italian legal system, repeatedly upheld the need to ensure protection for same sex-unions and to avoid discriminatory treatment, thus urging the Italian legislator to provide same-sex couples with relevant rights and duties in order to overcome the (unconstitutional) legal vacuum causing a lack of protection of their union.¹²

14. Eventually, the Supreme Court, in its judgment no 2400/2015, concluded that – albeit same-sex unions should be provided with the level of protection of their private and family life to which they are entitled under Article 2 of the Italian Constitution – the blanket exclusion of same-sex couples from marriage, which was at the time opened to opposite-sex couples only, did not amount to a violation of fundamental rights since *de facto* same-sex couples are not in a comparable situation with unmarried opposite-sex couples.¹³

15. On completion of the above, in the *Oliari and Others* case, whereby same-sex Italian couples complained about the refusal by the Italian Civil Registrar to register their marriage contracted abroad, the Strasbourg Court found that (at the date of the analysis of the Court) Italy violated same-sex couples’ right to respect for private and family life by not providing them with any means of legally safeguarding their relationship to which they are constitutionally entitled, thus leaving them in a limbo.¹⁴ As a matter of fact, it has been assessed that under the Italian legal system same-sex couples were not only unable to marry but also they had no access to any specific legal framework (governing, for instance, civil unions or registered partnerships) providing them with the recognition of their status and guaranteeing them certain rights which a couple in a stable and committed relationship deserves, thus being affected by an irreconcilable conflict between the social reality, since partners lived their relationship openly in Italy, and the law, which gave them no official recognition within the territory. It goes without saying that the *Oliari* case has been an important step towards the pursuit of legal recognition of same-sex couples. In fact, starting from this leading case contracting States have been expected to accord appropriate legal recognition to the union of same-sex partners within their legal system. Therefore, there was no matter that the unsatisfactory Italian situation should have been redressed on the basis of the *Oliari* case. We will see later how Italy dealt with this matter.

III. Same-sex couple’s parenthood in Italy before the Italian law no 76/2016

16. As pointed out before, several issues had particularly occurred also in relation to adoption by (a single person within) a same-sex couple.

17. Same-sex couple’s adoption was not allowed under Italian law. As a result, over the past years same-sex couples resorted to adoption abroad, thus being automatically treated there as legal parents of the child concerned. However, once the adoptive parent(s) took the child to Italy and sought for the updating of the relevant civil status registry, the validity of the *status filiationis* awarded abroad has been widely questioned by the Italian Civil Registrars, since these kinships amounts to a violation of the Italian public policy.¹⁵ Therefore, the issue at the heart of the majority of these cases was the refusal to

¹² Constitutional Court, 11 June 2014, judgment no°170, *Famiglia e Diritto*, 2014, p. 861.

¹³ Supreme Court, 9 February 2015, judgment n° 2400, *Corriere Giur.*, 2015, p. 909.

¹⁴ ECHR, *Oliari and Others v. Italy* (application n° 18766/11 and 36030/11), on which see D. RUDAN, “L’obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia”, *Rivista di diritto internazionale*, 2016 p. 190-198. See also *Chapin and Charpentier v. France* (application n° 40183/07).

¹⁵ On this issue see O. LOPES PEGNA, “Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all’estero: vecchie e nuove questioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 725 ss.; G. FERRANDO, “Le Unioni civili: la situazione in Italia”, *Giur. It.*, 2016, p. 1171 ss.; C. RAGNI, “Il riconoscimento in Italia dell’adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane”, *Genius*, 2015, p. 226 ff.; G. ROSSOLILLO, “Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell’ordinamento italiano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p. 245 ff.; E. DE GÖTZEN, “Child’s civil status, birth certificates’ effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?,” *Genius* 2016/01, p. 64-67.

register the particulars of a birth certificate drawn up abroad in undisputed compliance with the law of the issuing country but which nonetheless amounted to a violation of the Italian public policy for several reasons, thus the continuity of the *status filiationis* being significantly affected.

18. At first, the Juvenile Court of Brescia refused to recognize an adoption order issued in the US in favour of a same-sex couple lawfully married in the US on grounds of public policy.¹⁶

19. However, the second parent adoption by a “single” woman (unmarried under the Italian legal system but who had lawfully entered into a same-sex marriage abroad) was later pronounced under Articles 44(d) and 7, Italian law no 184/83 (“*Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori*”) – regardless of the applicant’s sex – by the Juvenile Court of Rome.¹⁷ In the case at stake, a same-sex female couple travelled to Spain to use assisted reproduction techniques that were forbidden in Italy and one of the partners was the “mother” of the child under Italian law. Since it has been assessed that both the same-sex partners had contributed to the child’s education and wellbeing, allowing her to grow up in a caring and stable environment, the applicant has been allowed to adopt the biological child of her partner (so-called “*Adozione in casi particolari*”, i.e. a kind of simple adoption which does not sever the ties between the child and her/his original family, but creates an additional legal parenthood) so as to safeguard both the child’s (born abroad through heterologous artificial procreation) best interest and the *de facto* bonds already existing between the child and the partner not biologically related to her. It is clear that a different outcome would have implied a denial of the *de facto* parenthood between the child and her non-biological mother, thus affecting the minor’s life and social identity. This ruling has been undeniably a novelty. Firstly, it opened to step-parent adoption in Italy, thus strengthening the position of “social” parents within the society. Secondly, it opened the possibility of adoption by a single homosexual by merely applying the existing legislation, which neither distinguishes between married and unmarried parents nor discriminates against the sexual orientation of the applicant.

20. The Italian Supreme Court has recently uphold the approach followed by the former landmark decision, by confirming the possibility for the non-biological parent to adopt, under Article 44 of Italian law no 184/83, the companion’s child within an homosexual couple. More precisely, it has been ruled that a child born abroad through assisted reproduction techniques within a same-sex female couple could be adopted in Italy by the woman who had not given birth to that child since there is no valid reason to exclude both the stable emotional bonds created and developed between an adult and a child in situations other than the classic situation of kinship and the cohabitation the child has had with the “social” parent.¹⁸

21. Similarly, in the *X. and Others* case, the Strasbourg Court stated that, under Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the ECHR, same-sex unmarried couples should be regarded as being in a comparable situation with unmarried opposite-sex couples in respect of second-parent adoption in cases whereby this is possible for unmarried opposite-sex couples only.¹⁹

¹⁶ Minors Court of Brescia, 26 September 2006, n° 2, available at Pluris online.

¹⁷ Minors Court of Rome, 30 July 2014, n° 299 available at <http://www.articolo29.it/adozione-in-casi-particolari-second-parent-adoptionmerito/> and 22 October 2015, n° 291, available at <http://www.articolo29.it/2015/stepchild-adoption-nuova-conferma-dal-tribunale-minori-di-roma>. The former has been affirmed by Court of Appeal of Rome, 23 December 2015, available at <http://www.articolo29.it/2015/ladozione-da-parte-della-comadre-e-nellinteresse-della-minore-conferma-anche-dai-giudici-dappello>; Court of Appeal of Turin, 27 May 2016, available at <http://www.articolo29.it/2016/dalla-corte-dappello-di-torino-nuova-conferma-alla-stepchild-adoption-per-le-famiglie-arcobaleno/>. As regards adoption pronounced in favour of two “fathers”, see Minors Court of Rome, 23 December 2015 - 21 March 2016, available at <http://www.altalex.com/documents/news/2016/05/16/figlio-di-due-padri-stepchild-adoption-dinanzi-al-tribunale-di-roma>.

¹⁸ Supreme Court, 22 June 2016, n° 12962 available at <http://www.articolo29.it/2016/la-vittoria-dei-bambini-arcobaleno/>. *Contra*, Minors Court of Milan, 17 October 2016, n° 261 available at <http://www.articolo29.it/2017/ancora-in-tema-di-interpretazione-dellart-44-delle-legge-sulle-adozioni-nota-a-trib-minorenni-di-milano-17-ottobre-2016-n-261/>, which refused a broad interpretation of Article 44(d), Italian law no 184/83 aimed at encompassing even *de facto* family bonds. This finding has been overruled by Court of Appeal of Milan, 9 February 2017, available at <http://www.articolo29.it/2017/anche-da-milano-dopo-la-cassazione-roma-e-torino-semaforo-verde-per-ladozione-coparentale/>.

¹⁹ ECHR, *X. and Others v Austria* (application n° 19010/07), in which the key issue was that same-sex couples were dif-

22. Consistently, a stepchild adoption order validly conferred abroad, in favour of a same-sex couple lawfully married there, has been then recognised by the Italian courts, thus granting the upmost priority to the child's best interest.²⁰ As a matter of fact, it is in principle and *a priori* equally good for a child to have two parents of the same sex or having two parents of different sex and the child's best interest must overcome any public policy exception.

23. Moreover, filiation established abroad through medically assisted procreation has been more recently fully recognized in Italy, in order to safeguard the *de facto* family-tie's stability and the identity of the child established abroad.²¹ Furthermore, the birth certificates of twins born in the US through gestational surrogacy that had been resorted there by a same-sex male couple took finally effect in Italy. The issue at the heart of this case was that the same-sex male applicant's seminal fluid had been used for the two embryos to be implanted in the surrogate mother's womb. As a consequence, each child was biologically bonded with one of the intended parents. Albeit the same-sex partners' behavior was clearly in breach of the ban on the use of assisted reproductive technology (A.R.T.) of a heterologous type laid down by section 4 of Law no. 40 of 19 February 2004, nonetheless the Court of Appeal of Milan allowed the entry of the two documents in the Italian civil status register. As a matter of fact, the seized Court took into account both the fact that the parent-child relationships had been lawfully established under American law (pursuant to Article 33, Italian law no. 218/95) and that each of the parents was also the child's biological father. Given the importance of biological parentage as a component of each individual's identity, which must prevail over any public policy exception, the twins' identity cannot be affected by the refused recognition of the legal relationship established with the couple who had the surrogacy treatment stemmed only because this treatment is prohibited in Italy. This leads the Court to conclude that it was against the best interests of the twins to deprive them of the legal ties which, by mirroring the biological bonds established with each intended father, are fundamental in defining their own identity.²² More recently, the Court of Appeal of Trento, which was expected to decide whether, despite the domestic prohibition of surrogacy under Law no. 40 of 2004 on medical assisted procreation, a foreign judgment granting legal parenthood to the non-biological parent of twins born abroad as

ferentiated from both unmarried and married opposite-sex couples in respect of stepchild adoption. Previous cases concerned discrimination in adoption by single individuals (cases *Fretté v France*, application n° 36515/97 and *E.B. v France*, application n° 43546/02) and discrimination between opposite-sex un-married couples and same-sex couples concerning adoption (*Gas and Dubois v France*, application n° 25951/07).

²⁰ Court of Appeal of Milan, 16 October 2015 n° 2543, available at <http://www.articolo29.it/2015/la-corte-dappello-di-milano-dispone-la-trascrizione-di-una-adozione-piena-da-parte-della-mamma-sociale>; Court of Appeal of Naples, 30 March -5 April 2016, which applied Articles 41, 65 and 66 of the Italian law no 218/95 in order to recognise foreign stepchild adoption orders, available at <http://www.articolo29.it/2016/la-corte-dappello-di-napoli-ordina-la-trascrizione-di-due-adozione-legittimante-del-figlio-del-coniuge-omosessuale/>.

²¹ Supreme Court, 21 June 2016, no 19599, available at <http://www.articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di-cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso/> and by Tribunal of Naples, 11.11-6.12.2016, available at <http://www.articolo29.it/2016/il-tribunale-di-napoli-ordina-la-trascrizione-di-un-atto-di-nascita-straniero-con-due-madri/>. Similarly, the ECtHR's held that contracting States are expected to legally acknowledge "de facto family bonds" existing between the applicants and the child that originated abroad even though surrogacy is domestically prohibited or not regulated, considering that a contradiction between the legal and social reality may undermine the child's identity within the addressed State's society (cases *Menesson v France*, application n° 65942/11; *Labassee v France*, application n° 65941/11; *Paradiso and Campanelli v Italy*, application n° 25358/12). See C. CAMPIGLIO, "Valori fondamentali dell'ordinamento interno e scelte di cura transfrontaliere", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2016, p. 371 ff.; A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestión por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p.45 ss.; O. FERACI, "Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 420; A. VETTOREL, "International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 523 ff. However, on 24 January 2017 the Grand Chambre of the ECtHR (Application n° 25358/12, *Paradiso and Campanelli v Italy*) has stated that if a legal parent-child relationship established abroad, which follows a gestational surrogacy arrangement, gives rise only to a non-genetic parenthood, the related birth certificate cannot be validated in view of the entry into the Italian Civil Registry since it amounts to a violation of the Italian law (paragraph 215).

²² Court of Appeal of Milan, decree of 28 December 2016, available at <http://www.articolo29.it/2017/passodopo-passo-il-diritto-si-avvicina-alla-vita-la-corte-dappello-di-milano-ordina-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-di-due-gemelli-nati-grazie-alla-gestazione-per-altri/>.

a result of a surrogacy arrangement could have been recognized in Italy under Article 67, Italian law 218/95, argued that: (i) the public policy exception has to be interpreted extensively: accordingly, a mere difference of legislation did not imply a violation of domestic public policy while only the contradiction between the foreign judgment and the fundamental values of domestic law (notably, fundamental rights) is intolerable; (ii) the continuity of the *status filiationis* lawfully acquired abroad should be ensured (see Article 33, Italian law no 218/95 and Article 8(1) of the UN Convention on the rights of the child), so as to safeguard one's identity within domestic society; (iii) albeit surrogacy is prohibited in Italy, a child could not be held responsible for the circumstances of his or her conception. Therefore, the Court stated that the lack of any biological bond between the twins and the social parent is, in itself, not sufficient to deny the sought recognition of the foreign judgment, since the willingness to assume parental responsibilities for the child should prevail over the domestic determination of parenthood.²³

24. Finally, it has been recognised a foreign judgment allowing adoption by a same-sex male couple of a foreign child needing adoptive placement.²⁴

25. For the sake of completeness, it is worth adding that the failure by the State addressed to recognize the parental status of a child lawfully adopted abroad, even if on grounds of public policy, may amount to a violation of the rights to family life of both the child and the parents under the HR Convention.²⁵ As a matter of fact, the non-recognition of the civil status established abroad of a child raised within a same-sex union prevents the child from establishing a legal parentage to one or both of the parents in the addressed State, who would thus have different status in different States.²⁶ Clearly, the Italian trend is aimed at avoiding this drawback.

IV. The Italian law no. 76/2016 on civil union and *de facto* cohabitations. An overview

26. The concept of “family” has thus seen a twofold widening development over the past few years. On the one hand, it has been held that same-sex *de facto* couples deserve legal protection, not necessarily by being granted access to marriage. On the other hand, it has been stated that *de facto* family ties between same-sex parents and child should prevail over the lack of any biological bond between them.

27. The pressure from the abovementioned broad understanding of what is a “family” led Italy to finally take due account of the existence of serious and stable genderless relationships other than marriage. As a result, the brand new Italian law no. 76/2016 introduces two new forms of living arrangements governed by law, i.e. same-sex civil unions and genderless *de facto* cohabitations, as forms of partnerships alternative to marriage.²⁷

28. More precisely, the new law entails legal recognition of same-sex couples by granting them the right to enter into civil unions recognized by the State (Article 1(2-35)). The term “civil union” refers to a form of cohabitation outside marriage, which requires the fulfillment of certain formalities for its validity – namely, the registration into public registry – so as to be considered as a legal social formation

²³ Court of Appeal of Trento, order of 23 February 2017, available at <http://www.articolo29.it/2017/dua-padri-i-loro-figli-la-corte-dappello-di-trento-riconosce-per-la-prima-volta-il-legame-tra-i-figli-e-il-padre-non-genetico/>.

²⁴ Minor Court of Florence, decree of 7 March 2017, available at <http://www.articolo29.it/2017/una-vera-e-propria-famiglia-da-firenze-un-nuovo-passo-avanti-per-il-riconoscimento-dellomogenitorialita/>

²⁵ ECtHR, *Wagner and J.M.W.L. v Luxembourg* (application n° 76240/01); *Negrepointis-Giannis v Greece* (application n° 56759/08). See C. TUO, “Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2014, p. 43 ff.; P. FRANZINA, “Some Remarks on the Relevance of Article 8 ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ff.

²⁶ R. BARATTA, “Recognition of foreign personal and family status: a rights based perspective”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2016, p. 413 ff., spec. 434-441.

²⁷ P. SCHLESINGER, “La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze”, *Famiglia e Diritto*, 2016, p. 845 ff.; G. VILLA, “La gatta frettolosa e i contratti di convivenza”, *Il Corriere Giuridico*, 2016, p. 1189 ff.

different from marriage. Under the new institution, same-sex couples are conferred slightly the full set of rights and duties of the partners towards each other, which have been borrowed from the institution of marriage. Namely, the new law envisages pension rights for surviving partners and gives same-sex civil partners the same inheritance rights as married spouses. Moreover, partners in a same-sex civil union are required to provide mutual moral and material assistance. Finally, persons so joined are expected to mutually contribute to common needs. At last, same-sex civil unions can benefit from protection orders similar to those provided for by Articles 342bis-ter of the Italian Code of Civil Procedure. Moreover, partners so joined are equated to members of traditional families for succession purposes.

29. Albeit the new law refers to several articles of the Italian Civil Code concerning marriage, to be tailored to same-sex civil unions, thus making this union very similar to marriage (an equivalence clause is set forth by Article 1(20)), actually there are some grey areas which distinguishes same-sex partnerships from marriages. For instance, there is no obligation to publish the banns before the constitution of the union before a Registrar, which means less bureaucracy. In addition, there is no separation period for a couple which decides to split: the partners need merely to state their intentions before the Registrar, apparently without pre-divorce separation, and after three months they can file for divorce, thus reducing costs and time. Finally, same-sex couples can opt to take a common surname throughout the union, while under Italian marriage law this opportunity is not allowed.

30. At first glance, civil unions seem to be governed by a more modern and simpler (substantive) regime. However, it cannot be overlooked that the new Italian law falls short of granting full equality to same-sex couples. First of all, Italy does not recognize same-sex marriages. Therefore, same-sex couples benefit from a weaker tool of formalisation. Moreover, the new law fails to give an official name to members of a civil union, who are not referred to as “spouses” or “husbands and wives”. Therefore, the social identity of same-sex partner is not characterized by the law.²⁸ Furthermore, partners are not required to be faithful. Actually, the absence of this obligation means avoiding blame as well as claims for compensation as a result of infidelity. Finally, partners in a same-sex civil union are prevented from adopting their stepchildren: Italian adoption rules (the Italian law n. 184/1983) expressly does not apply to same-sex civil unions (Article 1(20)). This is true even though the biological child of one of the partners is involved and the other partner assumed a parental role towards her/his. As a result, a same-sex civil union is comparable to marriage in (nearly) everything but (above all) name and parental rights. Nonetheless, Article 1(20) of the Italian law no 70/2016 expressly provides that “*What is foreseen and allowed by current applicable rules in adoption matters is still valid*” (“*Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*”). Although the wording of this sentence is not that clear, this provision is expected to safeguard the abovementioned developments in Italian case-law as regards same-sex step-child adoption (see above, paragraph III), in order to further protect *de facto* parenthood.

31. The new law also governs the financial aspects of cohabiting persons, whether same-sex or opposite-sex, *de facto* living in a stable relationship (Article 1(36-65)). More precisely, it regulates *inter alia* assistance in the event of illness or incapacity, rent contracts and maintenance obligations in case of cessation of the cohabitation. Accordingly, albeit not married, cohabiting persons are nonetheless entitled to claim for maintenance in the event of separation. In this respect, the new law foresees the cohabitation agreement (“*contratto di convivenza*”), which is a private deed limited to property regime, with a specific form provided for by the law (Article 1(50) ff.). Albeit it cannot be considered as giving full protection to a stable committed relationship, this specific agreement can be used to set out all arrangements for funding the necessities of living together, even vis-à-vis children, thus reasonably playing a role even in planning conditions of a possible subsequent breaking up.

²⁸ Under the Italian Decree n° 5/2017 of 19 January 2017, same-sex partners are generally referred to as “party to the civil union”, to be completed by Italian Decree of 27 February 2017 on the entry of civil unions into the Italian registry.

V. The Italian Decree no 7/2017 on PIL rules and civil unions. First remarks

32. In order to amend the Italian legal system according to the recent substantial developments, a bill concerning a separated regime on specific private international law rules devoted to foreign same-sex marriages and same-sex civil unions amending Italian law no. 218/95 has been recently passed.²⁹

33. Under the Italian recent approach, civil unions are to be equated with family relations. However, as set out above, marriage has not been opened to same-sex couples. Therefore, it would have gone too far considering a same-sex union equal to a marriage for private international law purposes. Moreover, no endorsement at all has been achieved in relation to the application of the traditional conflicts-of-law rules devoted to family situations, namely to marriage, to civil unions. As a result, these unions are to be subject to specific rules which are nonetheless intended to mirror, *mutatis mutandis* and to various degrees, conflict-of-laws rules concerning “traditional” marriages.

34. Firstly and foremost, consistently with the finding of the Italian Supreme Court in judgment no 4184/2012, a foreign same-sex marriage validly concluded abroad by Italian citizens shall be equated to a civil union governed by the Italian law (Article 32bis). In other words, the existence of a same-sex marital status lawfully established abroad between Italian citizens should not be contested any longer in Italy, but such a marriage, instead of being recognized as (and equated to) an Italian “traditional” marriage, shall be “downgraded” into a life partnership governed by the Italian law, thus being entered into a registered partnership’s registry in Italy. It cannot be overlooked that the “double-characterization” of the same-sex relationship under the Italian legal system (*lex fori*) may entail a limitation of the effects the relationship is expected to produce under the *lex loci celebrationis* (*lex causae*). As pointed out, same-sex marriages entered into abroad by Italian same-sex couples – which on closer inspection may be a purely national situation except for the *locus celebrationis* – shall be mandatorily governed by the (substantive) Italian law no 76/2016, so as to avoid same-sex marriage tourism. Therefore, same-sex Italian partners, who settle in Italy after entering into a marriage abroad, may be bound by a family tie which has effects different than those provided for by the law of the *locus celebrationis*. In any case, they lose the marital status granted abroad since the *lex loci celebrationis* will play no role in governing their relationship.

35. Secondly, access to cross-border civil union should be governed by the national law of each partner when establishing a civil union, in Italy and abroad (Article 32ter(1)) (except for purely national unions under Article 32quinques, as set out below). Moreover, if one of the partners’ nationalities belongs to a State whose law does not allow same-sex civil unions, this law will be ignored while the Italian law will apply instead. Accordingly, the proposed conflicts-of-law rule opens the way for foreigners to enter into a civil union in Italy even though they have no chance to establish such a union under their national law. Anyhow, the additional requirements imposed by the Italian legislator in relation to access to civil union (under Article 1, parag. 4, Italian law no 76/2016 - rules governing the formal requirements of marriage which have been made applicable to same-sex unions) are expressly characterized as overriding mandatory rules. Article 32ter(2) governs the *nulla osta* needed to establish a civil union in Italy, as provided for by the Italian law no 76/2016. Finally, the formal validity of a civil union should be governed by the law of the establishing place (*lex loci registrationis*) or, alternatively, by the national law of at least one of the partner or, alternatively, by the law of the country of common residence at the establishing moment, complying with the *favor validitatis* principle (Article 32ter(3)).

36. Thirdly, the property regime and personal relation of same-sex civil union having cross-border implication should be in principle ruled by the law of the State under whose law the union was

²⁹ Italian Decree n° 7 of 19 January 2017, n. 7, amending the Italian law n° 218/1995 of PIL rules (Official Journal n° 22 of 27 January 2017). For first comments see the forum available at <https://crossborder.live/2017/01/16/forum-la-disciplina-internazionale-privatistica-italiana-delle-unioni-civili5/> and comments published in the second issue of Genius, available at <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/genius-2016-02.pdf>.

created (Article 32ter(4)). As a matter of fact, the prevailing view in relation to the effects of a civil union is to subject these effects to the law of the country where the union has been established, by favouring the connection between the partners and the country where they had their union registered or otherwise formalized (*lex loci registrationis*). As a result, the Italian legislator has opted for a solution whereby access to a legal status and effects of the status concerned are governed by different rules. Notwithstanding this, the adoption of *lex loci registrationis* principle should guarantee the recognition of foreign partnerships. As a matter of fact, the *lex loci registrationis* rule is expected to work both as a conflicts-of-law rule and as a recognition rule since foreign partnerships can take automatically effects in Italy as provided for by the law of the State where the civil union has been established. Additionally, Article 32ter(4) leaves (limited) room for party autonomy so as to determine the law applicable to the property consequences of the registered partnership. This solution should be already in compliance with Regulation no 2016/1104 concerning matters arising from the property consequences of registered partnerships (which will be applicable as of 29 January 2019 only by EU Member States which have declared their wish to participate to the enhanced cooperation and which are, accordingly, bound by it).³⁰ Lastly, it should not be forgotten that the *lex loci registrationis* is in any case replaced by the Italian law if the same-sex civil union is purely national (see Article 32quinques).

37. Additionally, maintenance obligations of same-sex partners should be governed by Regulation no 4/2009,³¹ more precisely by the Hague Protocol 2007 on the law applicable to maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity (Article 32ter(5) taken in conjunction with new Article 45). Even though the scope of the maintenance Regulation is apparently quite broad, it is not specified whether same-sex marriages or same-sex partnerships fall within it. On the one hand, if these relationships are to be considered different from family relationships, the application of the Hague Protocol should be prevented. On the other hand, if these relationships are to be considered as family relationships, the Hague Protocol should be applicable.³² Albeit the EU instrument at stake does not take a firm and open stance on whether it applies to same-sex relationships, thus apparently being not applicable *proprio vigore* to civil unions, nonetheless the Italian legislator expressly widened the scope of the Hague Protocol so as to encompass even relationships different from traditional marriage (i.e. same-sex civil unions).

38. As further amendment, in addition to the general fora provided for by Article 3 and 9, Italian law no 218/95, one more forum is foreseen in relation to the dissolution, invalidity or annulment of cross-border civil union ties if one partner is Italian or the union has been created in Italy (Article 32quarter). As it is well known, no definition of the term “marriage” is provided for by the Brussels IIa Regulation (not even in the proposal of the Brussels IIa Recast³³). Therefore, it is still debated whether this EU uniform instrument applies to same-sex marriages. It is instead clear that there is no room for application of the Brussels IIa Regulation when the court is seized for a petition concerning same-sex partnerships.³⁴ Notwithstanding this, under the new rule Italian same-sex partners lawfully married abroad (to be regarded as an Italian civil union) and/or Italian same-sex partners joined abroad by a foreign partnership and/or same-sex partners joined in Italy by a registered partnership not purely national can apply before

³⁰ Council Regulation (EU) no. 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, OJ 183 of 8 July 2016. It is worth pointing out that this Regulation neither obliges a Member State whose law does not have the institution of registered partnership to provide for it in its national law (Recital 17) nor require a Member State to recognise a registered partnership concluded in another Member State.

³¹ Regulation (EU) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ 7 of 10 January 2009.

³² See A. BONOMI, “The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations”, *Yearbook of Private International Law*, 2008, 333-357, spec. 339.

³³ Proposal for a regulation of the Council on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM(2016)411 of 30 June 2016.

³⁴ See the EP Study “Recasting the Brussels IIa Regulation”, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf)

an Italian court only to have the dissolution/invalidity/annulment of the partnership declared. By contrast, Italian courts still have no jurisdiction over the rights deriving from the dissolution of a foreign same-sex marriage.³⁵ As per the applicable law, the dissolution of a cross-border civil union shall be expressly governed by Regulation No 1259/2010 (so-called Rome III Regulation) (Article 32quater(2)). Generally speaking, this Regulation is expected to apply only to claims aimed at dissolving or loosening matrimonial ties (“divorce and legal separation”, see Article 1(1) Rome III Regulation), thus in principle excluding from its scope the dissolution of partnerships – regardless of whether they join a same-sex couple or not – in cases whereby such unions cannot be equated with matrimonial relationship under domestic rules.³⁶ Albeit same-sex civil unions are different from marriage under the new Italian law no. 76/2016 (see above, paragraph IV), nonetheless the Italian legislator opted to treat the dissolution of civil unions as wedlock dissolution, thus making these unions benefit from the EU enhanced cooperation by widening the Rome III Regulation’s scope.

39. Finally, a same-sex civil union or other similar family pattern (“*altro istituto analogo*”) established abroad by same-sex Italian citizens habitually resident in Italy is automatically valid in Italy but its effects shall be equal to a civil union under the Italian law (Article 32quinques). Similarly to same-sex marriages entered into abroad by Italian citizens, a purely national civil union except for the place of registration is subject to the (substantive) Italian law, so as to avoid same-sex civil union tourism. Accordingly, it is not possible for partners residing in Italy to move abroad to enter into a civil union there in order to circumvent the Italian law naturally applicable to the relationship.

40. As previously mentioned, same-sex civil unions can benefit from protection orders against domestic violence which are provided for by Article 342-ter of the Italian Civil Code (Article 1(14), Italian law no 76/2016) and which should, as such, freely circulate across the EU under Regulation (EU) No. 606/2013.³⁷ Moreover, by virtue of the equivalence clause set forth by the Italian substantive rules, the succession of the partners joined in a cross-border civil union should be reasonably ruled by Regulation EU no 650/2012.³⁸

41. As regards cross-border *de facto* cohabitations, a specific conflicts-of-law rule has been adopted as well. Under Article 30bis of Italian law n. 215/1995, as amended by Italian law no 76/2016, cohabitating agreements are governed by the law of nationality of either of the contracting parties. If a common nationality lacks, Article 30bis provides for the application of the law of the common habitual residence. However, other rules, both at national and international levels, that govern double and more citizenships, may play in any case a role.³⁹

³⁵ A. FUCHS, “Registered partnership, same-sex marriage and children: crossing borders”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2016, p. 452-454.

³⁶ P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) no 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 101-102; I. VIARENGO, “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 608-609; J. CARRASCOSA GONZALES, F. SEATZU, “Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de Reglamento “Roma III”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 570-571.

³⁷ Regulation (EU) No. 606/2013 of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters, OJ L 181 of 29 June 2013, p. 4, applicable as of 11 January 2015, on which see A. DUTTA, “Cross-border protection measures in the European Union”, *Journal of private international law*, 2016, p. 169-184; D. PORCHERON, “Le principe de reconnaissance mutuelle au service des victimes de violences: règlement (UE) no. 606/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile”, *Revue critique de droit international privé*, 2016, p. 267-283; M. BOGDAN, “Some reflections on the scope of application of the EU Regulation No. 606/2013 on Mutual Recognition of Protection Measures in Civil Matters”, *Yearbook of private international law*, 2016, p. 405-410; E. DE GÖTZEN, Protection orders across Europe: first remarks on Regulation No. 606/2013, in K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF, W. GEPHART (eds.), *Family law and culture in Europe*, 2014, p. 277-289.

³⁸ Regulation (EU) no 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201 of 27 July 2012.

³⁹ E. BALLARINO, I. PRETELLI, *Diritto Internazionale Privato Italiano*, 8th ed., Padova, 2016, p. 194-196.

VI. Cross-border same-sex couples and the on-going legal vacuum. Possible solutions

42. Firstly and foremost, unlike the former bill, the passed law does not address the issue concerning the recognition of same-sex marriages entered into abroad by an Italian citizen and a citizen of a different nationality or by two same-sex foreigners who settled in Italy at a later stage. A foreign same-sex marriage cannot be dealt with as a marriage in Italy. Moreover, as the new law stands, it is thus doubtful whether this kind of marriages can be downgraded into an Italian partnership. Apparently, a legal vacuum is left in this regard. However, a recent judgment by the Court of Appeal of Naples – delivered before the adoption of the Italian law no 76/2016 – may help in overcoming this hurdle. The case heard by the Court dealt with same-sex French female partners (one of which was Italian) who entered into a marriage in France (a State which, at that time, had already opened up marriage to same-sex spouses), under the French law. Then, the couple sought for the recognition of the same-sex marriage in Italy, after being relocated in Italy. According to the finding of the Court, since the same-sex marriage celebrated in France has been lawfully entered into there under the *lex loci celebrationis* (see Article 28, Italian law no. 218/95), the marital status accordingly acquired by the same-sex partners shall be deemed as valid and binding in Italy, regardless of the fact that under the Italian legal system, at the time of the dispute, marriage was reserved for opposite-sex couples only. As a matter of fact, it could not be forgotten that States are expected to automatically recognize the consequences of a foreign legal situations. Accordingly, the effects, which a personal/family status validly created in a State produces in the country of origin, should be in principle extended to other States without being questioned. Likewise, the State addressed should grant the same status or a status as similar as possible to the one validly constituted in the State of origin, even though the law designated by its conflict-of-laws rules would lead to a denial of recognition. Moreover, consistently with the judgment of the Italian Supreme Court no 4184/2012, the Court of Appeal affirmed that the gender identity and sexual orientation of the members of a couple does not contradict the public order (neither national nor international) any longer. Therefore, due to the fact that the public policy exception cannot play any role in this regard, a same-sex marriage validly entered into abroad by foreigners can now be entered into the Italian Civil Register. The matter is now covered by Italian law.⁴⁰ It flows from the above that a same-sex marriage purely national except for the *locus celebrationis* cannot be recognised as such in Italy (see above, paragraph V), while a foreign same-sex married couple, which falls outside the scope of the new Italian PIL rules, apparently does not lose the *status maritalis* validly conferred abroad. In fact, according to the recent case-law, this marriage can be entered into the Italian Civil Registry with its own *nomen iuris* and it can be governed by the law applicable under the Italian conflicts-of-law rules.

43. Secondly, a civil union entered into (abroad) by opposite-sex couples is an on-going unknown family tie under Italian law. Therefore, neither this kind of relationship nor its recognition is addressed by the new law.⁴¹ Anyhow, since it is clear from the case-law of the Court of Justice and the Strasbourg Court that (Member/Contracting) States are expected to give effect to civil status situations lawfully established in others, regardless of the applicable law, it is reasonable to assume that opposite-sex partnership established abroad can be put on an equal footing as same-sex civil unions, thus enjoying the same legal protection provided for by the new Italian law.⁴²

VII. The genderless continuity of family status granted abroad. Easier said than done?

44. Over the past years the basic question to be addressed by the Italian legal system was whether and to what extent same-sex relationships should have been granted legal protection.

⁴⁰ Supreme Court, 31 January 2017, judgment n° 2487, available at CED Cassazione.

⁴¹ On this issue see M. MELCHER, “(Mutual) Recognition of Registered Relationships via EU Private International Law”, *Journal of private international law*, 2013, p. 149-170.

⁴² See comments of F. Pesce and S. Marino available at <https://crossborder.live/2017/01/16/forum-la-disciplina-internazionale-privatistica-italiana-delle-unioni-civili5/>

45. As a matter of fact, the pressure from the Strasbourg Court's broad understanding of what is "family life" gave rise to new trends all over the EU concerning the government of non-traditional family patterns. Moreover, international norms (among which EU law) have been repeatedly called upon to support claims for cross-border recognition of new family-ties and related status. Therefore, an emerging consensus towards legal recognition of same-sex couples has rapidly developed across the EU over the past decade.

46. Conversely, the former Italian legal system displayed a prolonged failure to implement the fundamental right of same-sex unions. As a matter of fact, considering on an equal footing a traditional marital family and a stable homosexual relationship would have meant that all the rights applicable to married couples would also have been applied to the latter, including those related to parental issues, thus allowing same-sex couples both to marry and to found a family in Italy. Likewise, medically assisted procreation for female couples and surrogacy for male couples should have been accepted in Italy, thus extending parental rights to same-sex partners by considering the step-parent as a member of the stepchild's family. However, such an outcome would have clearly run contrary to the Italian tradition. As a consequence, same-sex partners had been for years unable to consolidate their relationship in Italy. But a complete denial of same-sex couples' personal/family status could not have been tolerated any longer. Time thus called for a remedy.

47. By tailoring the relevant domestic legal framework, the newly adopted Italian law no 76/2016 aims at addressing same-sex partners' legitimate expectations by introducing a new legal institution which grants same-sex couples a form of legal protection outside of marriage. More precisely, Italian same-sex couples have now been provided with an alternative tool of legally safeguarding their personal relationship, which confers them not only a specific official legal personal/family status within the society but also the core rights which same-sex couples are internationally and constitutionally entitled to. This brand new specific legal framework is undeniably a great victory for homosexual couples. As a matter of fact, there is no more discriminatory national attitude against same-sex couples and they benefit from the right to live their relationship on a (nearly) equal basis as opposite-sex couples. Accordingly, the landscape of family law in Italy has been in the end profoundly changed.

48. Additionally, as more and more States have introduced some forms of legal recognition for same-sex couples, the new Italian law increases substantially the possibility for foreign homosexual unions to freely circulate in Italy. As a matter of fact, same-sex couples can now seek (to some extent) for the recognition in Italy of their unions lawfully entered into abroad, thus avoiding (in the majority of cases) limping relationships. In this respect, the new Regulation (EU) 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 1024/2012⁴³ should play a relevant role. This EU tool exempts public documents issued in civil status matters only from the attainment of all administrative formalities related to their authentication (legalisation, apostille) in view of their "presentation" in other Member States, whereas other formalities (concerning certified copies and certified translations) are simplified and multilingual standard forms has been introduced. By reducing practical difficulties in producing cross-border evidence of certain legal facts, the new EU instrument is expected to facilitate the use of public documents related to personal status across the EU, when entitlement to legal protection is sought by EU citizens after moving abroad. However, this tool does not require a Member State to recognise the effects of a personal and/or familial status established under the law of another Member State. As a consequence, if the status concerned is unknown under the legal system of the Member State addressed, the new Regulation cannot itself avoid the denial of any legal effects abroad.

⁴³ A. VETTORELLI, "EU Regulation no. 2016/1191 and the circulation of public documents between EU Member States and third countries", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, pp. 342-351; E. DE GÖTZEN, "La propuesta de Reglamento relativa a la libre circulación de documentos públicos en la Unión Europea: ¿es el camino a seguir para mejorar la vida de los ciudadanos? (The Proposal for a Regulation Concerning the Free Movement of Public Documents Throughout the EU: is it the Way Forward to Facilitate Citizens' Life?)", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 2014-2015, pp. 417-445.

49. Albeit the new Italian law is a helpful tool for bridging the gap between current family law and the social reality of rainbow families, it cannot be denied that it does not exhaustively address the mutated social needs. As a matter of fact, under this law same-sex unions enjoy *grosso modo* the same rights and duties different-sex married couples are entitled to. In other words, they do not benefit from all advantages reserved to the latter. On closer inspection, firstly, same-sex registered couples do not have the same status as different-sex married couples and same-sex civil unions are not equal to marriage. Accordingly, a foreign same-sex marriage (entered into abroad by two Italian citizens) will be downgraded into an Italian civil union, thus benefiting from rights different than the ones in the State of origin. Secondly, same-sex partners and different-sex partners do not benefit from similar rights when it comes to parentage. Therefore, Italian courts are expected to safeguard the best interest of the weakest member of the family, namely children, in case of same-sex parenthood established abroad. Finally, it cannot be overlooked that the newly adopted Italian conflicts-of-law rules are still affected by several legal vacuum (namely, recognition of same-sex marriages entered into abroad by foreign citizens and recognition of foreign different-sex partnerships), which are far from being settled.

50. The foregoing analysis leads to conclude that all the issues, which have not been faced properly by the recent national initiative, will be inevitably matters for the next family law reform in Italy to address, so as to effectively guarantee also in this country the genderless continuity of family status granted abroad.

ALGUNAS CUESTIONES A PROPÓSITO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL SOBRE EL PRECIO DE REVENTA (DROIT DE SUITE)

SOME QUESTIONS CONCERNING THE ARTIST'S RESALE RIGHT (DROIT DE SUITE)

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Politécnica de Cartagena
orcid ID: 0000-0003-4774-1191

Recibido: 11.07.2017 / Aceptado: 12.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3872>

Resumen: La progresiva consolidación del llamado “derecho de participación” (*droit de suite*) de los artistas plásticos y gráficos en el Derecho español y en otros sistemas europeos se viene produciendo de forma paralela al proceso de armonización puesto en marcha por la Directiva 2001/84. Sin embargo, tanto en el ámbito de la propia Directiva como en el de los distintos Derechos nacionales subsisten todavía importantes incertidumbres a la hora de definir con claridad algunos aspectos relevantes de su régimen jurídico (presupuestos de activación, transmisión *mortis causa*, sujetos obligados, prescripción, legitimación de las entidades de gestión colectiva, etc.). Ello supone un indeseable factor de inseguridad y de perturbación a la hora de afrontar el complejo tema de la gestión del derecho de participación, poniendo así en peligro su propia viabilidad de cara al futuro.

Palabras clave: Propiedad intelectual, derecho de participación, *droit de suite*, artistas visuales, mercado del arte.

Abstract: The progressive consolidation of the so-called “resale right” (*droit de suite*) of plastic and graphic artists in Spanish law and in other european systems has been taking place in parallel with the process of harmonization launched at European level by Directive 2001/84. However, both within the scope of the Directive itself and in that of the different national laws, there are still important uncertainties in defining some relevant aspects of its legal regime (activation requirements, *mortis causa* transfer, persons subject to the payment, prescription, legitimation of collective management entities, etc.). This is an undesirable factor of insecurity and disruption when facing the complex issue of the management of the *droit de suite*, thus jeopardizing its viability for the future.

Keywords: Intellectual property, artist's resale right, *droit de suite*, visual artists, art market.

Sumario: I. Concepto, naturaleza y fundamento del derecho de participación. II. Antecedentes normativos. III. Obras de arte a las que se aplica el *droit de suite*. IV. Presupuestos de la generación del crédito de participación. 1. Aspectos cuantitativos: la exclusión del sistema de plusvalía; umbral de aplicación; porcentajes aplicables y tope máximo; prueba del precio de reventa. 2. La intervención de profesionales del mercado del arte. 3. La primera cesión realizada por el autor. 4. La “reventa” de la obra: naturaleza del negocio que genera el crédito de participación. V. Titulares del derecho de participación. VI. Obligados al pago y responsables. VII. Gestión, recaudación y pago del derecho de participación. 1. El sistema de gestión colectiva voluntaria. 2. Los deberes instrumentales impuestos a los profesionales que intervienen en la operación. 3. El pago del crédito de participación. 4. Las entidades de gestión: su legitimación para la reclamación judicial del derecho de participación. 5. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. VIII. Conclusiones.

I. Concepto, naturaleza y fundamento del derecho de participación

1. En el ámbito de la legislación sobre propiedad intelectual se conoce como “derecho de participación”, “derecho de seguimiento” o –siguiendo a la tradición francesa– *droit de suite* al derecho que se reconoce al autor de una obra de arte original y a sus sucesores para recibir un porcentaje del precio de las sucesivas reventas de la obra que se produzcan durante un determinado período de tiempo.

2. Se trata de un derecho de naturaleza claramente económica (no reconducible, por tanto, al ámbito del derecho moral de autor), pero que no puede encuadrarse en el contenido ordinario del derecho patrimonial de autor, en la medida en que no encuentra su fundamento en el derecho exclusivo que se reconoce a aquel para explotar la obra y obtener los rendimientos económicos derivados de dicha explotación, bien sea de forma directa o mediante su negociación con terceros; y es que el derecho de participación se deriva, precisamente, de ciertas formas de explotación realizadas por terceros y que el autor no puede prohibir¹. Por ello, se suele incluir al *droit de suite* entre los llamados “derechos de simple remuneración” (“otros derechos”, en la terminología utilizada por el TRLPI²) que se reconocen al autor además del derecho moral y del derecho patrimonial³.

3. El art. 6 de la Ley 3/2008, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (en lo sucesivo, LDP)⁴, lo define (en línea con el art. 1.1 de la Directiva 2001/84⁵) como un derecho inalienable, irrenunciable⁶, transmisible únicamente por sucesión *mortis causa*, y sometido a un plazo de duración de setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o declaración de fallecimiento del autor.

4. En sus orígenes, el reconocimiento del derecho de participación aparecía vinculado a la idea de que, por razones de equidad, resultaba necesario habilitar un cauce legal para que los creadores de obras plásticas, una vez enajenado el soporte (que, en este tipo de obras, aparece indisolublemente unido a la creación intelectual), pudieran participar de algún modo en la revalorización que aquellas pudieran experimentar a raíz de las sucesivas reventas que tuvieran lugar en el mercado secundario. De esta ma-

¹ Un resumen de las distintas teorías acerca de su naturaleza puede verse en C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La Directiva 2011/84/CE relativa al derecho de participación y su transposición en España y Portugal”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 32, 2011-2012, pp. 30 y ss. Vid. también C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “Los derechos especiales en la Ley de Propiedad Intelectual: el derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras y la remuneración compensatoria por copia privada”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 34, 1995, p. 66; R. CASAS VALLÉS, “El derecho de participación de los artistas plásticos (*droit de suite*) en la Ley de Propiedad Intelectual: bases teóricas”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (coord.), *Derechos del artista plástico*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1996, p. 102; J. A. BALLESTEROS GARRIDO, “El derecho de participación o seguimiento del autor de una obra de arte. Estudio del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1991, p. 156.

² Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE núm. 97, de 22 abril 1996) (en adelante, TRLPI).

³ SAP Baleares, Sección 5ª, de 19 abril 2016 (AC. 2016/879). M. V. ROCHA, “Derecho de participación (*droit de suite*): análisis do artigo 24 do ‘Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual’ (TRLPI)”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 21, 2000, pp. 153-154; I. ESPÍN ALBA, “La transmisión *mortis causa* del derecho de participación en la reventa de obras de arte plásticas”, en M. P. GARCÍA RUBIO, y A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. ‘Liber amicorum’ T. F. Torres García*, ed. La Ley, Madrid, 2014, p. 439; E. VICENTE DOMINGO, *El Droit de Suite de los artistas plásticos*, ed. Reus, Madrid, 2007, p. 72.

⁴ BOE núm. 310, de 25 diciembre 2008.

⁵ Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 septiembre 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DOCE L. 272/32, de 13 octubre 2001); en adelante, la Directiva.

⁶ El carácter irrenunciable e intransmisible del derecho no solo es predicable respecto al propio autor, sino también respecto a sus derechohabientes (CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., p. 34; VICENTE, *op. cit.*, p. 85), aunque en el caso de estos se ha señalado que esa limitación no resulta de todo coherente con la plena libertad que se reconoce al autor para disponer del derecho *mortis causa* incluso a favor de personas físicas o jurídicas por completo ajenas a su ámbito familiar; en este sentido, ROCHA (*op. cit.*, pp. 156-157) y R. CASAS VALLÉS (“Notas al nuevo proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 LPI)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, núm. 1, 1992, p. 175), quien recuerda que la intransmisibilidad *inter vivos* no afecta a los eventuales acuerdos particionales entre coherederos, que podrán distribuir el derecho de participación sobre las distintas obras como estimen conveniente.

nera el derecho de participación venía a asumir un cierto carácter asistencial y alimenticio, con el que se trataba de poner algún remedio a la situación de aquellos artistas que, típicamente, se veían obligados a vender sus obras a bajo precio, quedando así privados de la posibilidad de aprovechar económicamente el posterior éxito de aquellas, que sin embargo sí beneficiaba a los sucesivos vendedores e intermediarios⁷.

5. No obstante, la necesidad de dotar al *droit de suite* de una configuración técnica idónea para garantizarle una mínima efectividad práctica dio lugar a que el mismo adquiriera, ya desde una fecha temprana, unas características y limitaciones que no siempre resultaban del todo coherentes con su justificación original⁸, singularmente en aspectos tales como la delimitación de los supuestos de reventa que habían de generar el crédito de participación (exigiendo que se tratara de reventas dotadas de un cierto grado de publicidad o profesionalidad, ante la constatación de que, en la práctica, las transmisiones entre particulares no podrían ser objeto de control), el establecimiento de un umbral o precio mínimo de reventa (por debajo del cual se consideraba que la cuantía del derecho generado a favor del autor no justificaría los costes asociados a su gestión), o, especialmente, el hecho de que la activación del derecho no se hiciera depender de la existencia de una revalorización o plusvalía efectiva de la obra (cuya comprobación sería prácticamente imposible), sino que se concretara directamente en un porcentaje del precio de reventa. De ahí que desde diversos sectores doctrinales se haya venido apuntando la conveniencia de replantear sobre bases nuevas el propio fundamento del derecho de participación, en aras de dotar de una cierta coherencia a su régimen jurídico actual⁹. En este sentido, se tiende hoy a considerar el *droit de suite* como un aspecto más del derecho de propiedad intelectual, que trata de compensar en alguna medida la situación de desventaja en la que se encuentran los creadores de obras plásticas o gráficas originales –cuyos derechos de explotación vinculados a la distribución y a la comunicación o exposición pública se agotan o se ven muy limitados desde el momento en que se enajena el soporte¹⁰– frente a los autores de otros tipos de creaciones susceptibles de ser objeto de una explotación continuada mediante el ejercicio de las facultades de reproducción y distribución¹¹.

⁷ Por todos, ROCHA, *op. cit.*, p. 155; VICENTE, *op. cit.*, pp. 63 y ss. Sobre la relación entre el *droit de suite* y el proceso histórico de surgimiento y desarrollo del mercado secundario del arte, vid. el interesante estudio de CASAS, “El derecho...”, *cit.*, pp. 81 y ss., y también en “Notas...”, *cit.*, pp. 157 y ss.

⁸ CASAS, “El derecho...”, *cit.*, pp. 85 y ss.; BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 157.

⁹ Para CONDE-PUMPIDO (*op. cit.*, p. 67), una vez que el *droit de suite* deja de concebirse como una participación en la revalorización para pasar a ser una participación en el precio de reventa, el mismo pierde su carácter tuitivo y pasa a ser una manifestación autónoma del derecho de explotación más allá de la primera transmisión de la obra (en igual sentido, SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 abril 2005, *JUR.* 106043). Por su parte, CASAS (“El derecho...”, *cit.*, pp. 95 y ss.) considera que en su actual configuración el derecho de participación podría explicarse como una manifestación del derecho de propiedad intelectual que tiene por objeto garantizar al autor la obtención de una remuneración como contrapartida por la atribución a los sucesivos compradores de un derecho de “exhibición privada” sobre la misma. Para G. BERCOVITZ ÁLVAREZ (*Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 364), el *droit de suite* puede entenderse como un derecho del artista en cuanto ejecutor plástico más que como autor de la concepción plástica. Una exposición de los diferentes fundamentos manejados actualmente para justificar la existencia del *droit de suite* puede verse en VICENTE, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; y en BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 356 y ss.

¹⁰ Sobre la compleja relación que media entre el derecho de propiedad intelectual y la propiedad del soporte de las obras plásticas, cuando esta corresponde a un tercero distinto del autor (en el caso concreto, la entidad que había adquirido las obras directamente de los autores), vid. la interesante SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 29 septiembre 2000 (*JUR.* 2001/19424), en la que se declara que la responsabilidad del propietario del soporte por la pérdida o deterioro debidos a su negligencia implica el deber de indemnizar los daños sufridos por el autor, en la medida en que este, pese a la enajenación, conserva, en el orden moral, los derechos al respeto de la integridad de la obra y al acceso al ejemplar único, y, en el orden patrimonial, el derecho de participación (no así el derecho de exposición pública, ya que en el caso concreto no se había incluido salvedad alguna al respecto en el acto de enajenación del soporte, tal como resultaría exigible conforme al art. 56.2 TRLPI). En todo caso, el Tribunal deja para ejecución de sentencia la liquidación del valor de los derechos afectados, incluyendo el de participación. Se aparta así la sentencia del punto de vista previamente mantenido por BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 353), quien rechazaba “la pretensión de quienes consideran que la deformación o destrucción de la obra es lesiva del *droit de suite* (al no permitir futuros cobros por transmisiones)”.

¹¹ Cfr. cdo. (3) de la Directiva. En la doctrina, G. PFENNIG, “El derecho de participación de los artistas en la reventa (*droit de suite*)”, en *Boletín de derecho de autor*, vol. XXXI, n.º 3, 1997, p. 21; D. ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor de obras de arte*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 111 y ss.; CASAS, “El derecho...”, *cit.*, p. 94; CAAMIÑA, “La Directiva...”, *cit.*, p. 29; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08), en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, 2011 (ejemplar dedicado a: Derecho privado europeo), p. 126; VICENTE, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

6. Son también consideraciones de orden eminentemente práctico, vinculadas a la necesidad de articular mecanismos ágiles, eficaces y económicos para la gestión, recaudación y pago del derecho de participación, las que explican que en la moderna concepción de este se tienda a atribuir un papel fundamental, de un lado, a los profesionales del mercado del arte que intervienen en las operaciones de reventa y, de otro, a las entidades encargadas de la gestión de los derechos de autor¹². En otro sentido, la evolución del derecho de participación en los últimos años viene presidida por la progresiva -aunque todavía limitada- tendencia a la expansión de su ámbito geográfico de aplicación, fundamentada, por un lado, en el reforzamiento de la protección legal de los derechos del autor a nivel internacional, y, por otro, en la conveniencia de prevenir y evitar en lo posible las distorsiones que un reconocimiento no uniforme del derecho de participación en los diferentes Estados genera en el mercado internacional del arte moderno y contemporáneo. La aprobación de la Directiva 2001/84 y su transposición a los Estados miembros de la UE marca sin duda un hito en la evolución histórica del derecho de participación, en la medida en que ha contribuido a clarificar algunos aspectos clave de su articulación jurídica (como el definitivo abandono del sistema de plusvalía, la delimitación de las obras a las que se aplica, o el establecimiento de unos criterios cuantitativos más o menos uniformes), y a normalizar su juego en el contexto del mercado internacional del arte. Sin embargo, son muchas las dudas e incertidumbres que se siguen planteando en torno a diferentes aspectos de su regulación, tanto en la propia Directiva (singularmente en lo que se refiere a la delimitación de los presupuestos de activación del derecho), como en las normas nacionales de transposición (en aspectos tales como la determinación de los titulares del derecho tras la muerte del autor, la identificación de los responsables del pago, o la definición precisa del papel de las entidades de gestión colectiva); incertidumbres que pueden llegar a comprometer en buena medida el objetivo de dotar al derecho de participación de un sistema eficaz, transparente y económico de gestión, recaudación y pago, lo que constituye sin duda un presupuesto esencial para que aquel pueda cumplir adecuadamente los fines para los que fue diseñado, sin convertirse en un obstáculo poco menos que inútil para el buen funcionamiento del mercado del arte.

II. Antecedentes normativos

7. El nacimiento del *droit de suite* se sitúa en el contexto cultural y social de los últimos años del siglo XIX y primeros del XX¹³, y encuentra sus primeras manifestaciones legislativas en la Ley francesa de 20 de mayo de 1920 y en la Ley belga de 1921, que optaban ya entonces por articular el derecho sobre la base del precio de reventa de las obras, y no de la plusvalía obtenida, limitándolo además a las ventas intervenidas por un agente público y que alcanzaran un precio mínimo. En los años siguientes el derecho de participación encontraría acogida en otros ordenamientos, adoptando diversas configuraciones técnicas¹⁴; y así, por ejemplo, en Checoslovaquia (1926), Polonia (1935), Uruguay (1937) o Portugal (1966) se optó inicialmente por un sistema basado en la plusvalía; mientras que en Italia (1941) se articuló un sistema mixto que, en la práctica, se reveló inoperante¹⁵. Sin embargo, con la nueva Ley francesa de 11 de marzo de 1957 y la Ley alemana de 9 de septiembre de 1965 (luego reformada en 1972) pareció imponerse definitivamente el modelo basado en el precio de reventa, a partir de un umbral mínimo, al tiempo que se limitaba la activación del derecho a ciertos supuestos de venta (ventas públicas o que

¹² En España, la entidad que asume la defensa de los intereses de los artistas visuales es VEGAP (*Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos*), autorizada por OM de 5 junio 1990. VEGAP tiene suscritos acuerdos de gestión recíproca con entidades similares de otros muchos países dentro y fuera de la UE; vid. el detalle en <http://www.vegap.es/que-es-vegap/red-internacional>.

¹³ CASAS, “El derecho...”, cit., pp. 68 y ss.

¹⁴ Sobre el tema, vid. CONDE-PUMPIDO, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵ G. MAGRI, “Alcune riflessioni su diritto di seguito e mercato unico dell’arte contemporanea, alla luce della sentenza Christie’s France c. Syndicat national des antiquaires”, en *Aedon*, fascicolo 2, maggio-agosto 2015 (<https://www.rivisteweb.it/doi/10.7390/80810>), n. 8; VICENTE, *op. cit.*, p. 82; BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 345. Ya en el documento elaborado por la UNESCO en 1949 sobre el *droit de suite* (UNESCO, Copyright Division, *Droit de suite*, (UNESCO/DA/6), Paris, 9 mayo 1949 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001439/143961eb.pdf>), p. 1) se hacía constar que, hasta entonces, solo el modelo seguido por Francia y Bélgica había resultado operativo en la práctica.

contaran con la intervención de profesionales vinculados al mercado del arte)¹⁶. Significativamente, sin embargo, a principios del siglo XXI el derecho de participación no había sido incorporado a los ordenamientos de algunos de los países con mayor peso en el mercado del arte, como Reino Unido, Estados Unidos, Holanda, Suiza o Japón¹⁷.

8. En el ámbito internacional, la primera manifestación importante del derecho de participación se encuentra en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886, elaborado en el seno de la OMPI y posteriormente revisado en distintas ocasiones; concretamente, en el texto revisado en Bruselas en 1948 se introdujo el artículo 14 *bis*, que luego pasaría a ser el 14 *ter*¹⁸, y que atribuía al reconocimiento del derecho de participación por parte de los Estados firmantes un carácter facultativo y sujeto a la regla de reciprocidad, en aras de incentivar su reconocimiento por aquellos Estados que aún no lo habían incorporado a sus respectivos ordenamientos¹⁹.

9. En el caso de España, y pese a la existencia de algunas propuestas anteriores que no llegaron a concretarse²⁰, habrá que esperar a la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) para encontrar la primera manifestación legislativa del derecho de participación. A él se refería el art. 24 de la ley²¹ -cuyo desarrollo reglamentario fue abordado por el Real Decreto 395/1988, de 25 de abril²²-, en el que se optaba por un modelo de derecho de participación basado en el precio de reventa y no en la plusvalía, limitándolo a ciertos tipos de reventa (concretamente lo que se denominaban “ventas públicas”, entendiéndose por tales las realizadas en subasta pública, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial), y excluyendo su transmisión tanto *inter vivos* como *mortis causa*. El planteamiento inicial de la norma habría de verse modificado poco tiempo después a raíz de la reforma operada por Ley 20/1992, de 7 de julio, que, entre otros aspectos,

¹⁶ Para un análisis más detallado de los antecedentes, CASAS, “El derecho...”, cit., pp. 74 y ss.; y G. M. BLEDA NAVARRO, “Análisis del derecho de participación y su evolución normativa”, en C. ROGEL VIDE (dir.), *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 111 y ss.

¹⁷ CASAS, “El derecho...”, cit., pp. 77 y ss., y “Notas...”, cit., p. 159. En el caso de Estados Unidos, solo California ha introducido el *droit de suite* con la *Resale Royalty Act* de 1976, reformada en 1982; cfr. sección 986 del *Civil Code*, en el que se opta por un sistema basado en la plusvalía (apartado (b) (4)).

¹⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 9 septiembre 1886, ratificado por Instrumento de 2 julio 1973, revisado en París el 24 de julio de 1971 (*BOE*. núm. 260, de 30 octubre 1974). El art. 14 *ter* del Convenio establece: “*Droit de suite* sobre las obras de arte y los manuscritos: 1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor -o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor. 2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada. 3) Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir”.

¹⁹ G. PFENNIG, “Aspectos prácticos de la aplicación del derecho de participación (“*droit de suite*”), en particular en el ámbito digital, y sus incidencias en la evolución del mercado del arte en el plano internacional y en la mejora de la protección de los artistas plásticos”, en *Boletín de Derecho de Autor*, vol. XXXV, nº. 3, 2001 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf#page=40>), p. 42.

²⁰ Al margen de otras iniciativas, cabe recordar el llamado “Proyecto Durán”, presentado en 1921 y basado en el modelo franco-belga, y el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de la Segunda República, presentado en 1932, y que optaba por el sistema de plusvalía; CASAS, “El derecho...”, cit., p. 76; y “Notas...”, cit. p. 160.

²¹ La redacción original del art. 24 LPI era la siguiente: “1. En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación de un 2 por 100 del precio de enajenación, si éste fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca. Las obras de artes aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el párrafo anterior. 2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán comunicarla al autor directamente o por medio de la correspondiente Entidad de gestión en el plazo de dos meses y facilitarle la información necesaria para la liquidación de su derecho. Asimismo, retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá a los tres años de la fecha de notificación de la reventa. 3. Este derecho es irrenunciable e intransmisible”.

²² El RD se limitaba a fijar como umbral mínimo para la activación del derecho un precio de enajenación de 200.000 pesetas, advirtiendo que para la aplicación del 2 por ciento previsto por el art. 24 LPI se tomaría como base el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación, en el caso de subasta, sin previa deducción alguna.

incrementaba el importe del derecho de participación desde un 2% hasta un 3% del precio de reventa (con un umbral mínimo situado en las 300.000 pesetas), preveía la creación del llamado “Fondo de Ayuda a las Bellas Artes” como beneficiario residual del derecho, e introducía la transmisibilidad *mortis causa* del mismo a favor de los sucesores del autor, corrigiendo así el aspecto de la norma original que más críticas había recibido por parte de la doctrina²³. Del desarrollo reglamentario del art. 24 LPI, en su nueva redacción, se ocuparon los arts. 2 a 8 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre, que, al margen de otras cuestiones (como la regulación más detallada del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes o de las relaciones entre autor, entidades de gestión e intermediarios), introducía como novedad la exclusión del derecho de participación en los casos de reventas que fueran consecuencia de enajenaciones forzosas realizadas mediante subastas judiciales o administrativas (art. 2.1.1).

10. El texto del art. 24 resultante de la reforma de 1992 habría de encontrar acogida en el TRLPI de 1996, con una única modificación relativa a la duración del derecho de participación, que en 1992 se había fijado en sesenta años contados a partir del fallecimiento del autor, y que ahora pasaba a ser de setenta años, en coherencia con el régimen establecido con carácter general para el derecho patrimonial de autor por Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines²⁴.

11. Mientras tanto, en el ámbito de la Unión Europea venían desarrollándose diversos trabajos encaminados a conseguir una regulación armonizada del derecho de participación en el ámbito del mercado interior. Fruto de dichos trabajos fue la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 septiembre 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, en cuyo Preámbulo se destacan los dos objetivos básicos que se perseguían mediante la adopción de la norma: por un lado, garantizar a los creadores de obras de arte originales -y a sus derechohabientes- un nivel de protección adecuado y uniforme en todos los Estados miembros en lo relativo al derecho de participación, evitando injustificadas diferencias de trato entre ellos en función del lugar donde vendieran sus obras; por otro, eliminar y evitar de cara al futuro las distorsiones que en el mercado interior del arte venía produciendo la diversidad de regulaciones existentes en los diferentes Estados miembros a propósito de distintos aspectos del derecho de participación (en cuanto a las obras contempladas, beneficiarios del derecho, porcentaje aplicado, operaciones sujetas al pago del derecho y base de cálculo), y en particular el hecho de que ciertos países de la Unión no reconociesen en absoluto tal derecho, lo que estaba dando lugar al desplazamiento hacia esos países de las operaciones de venta de obras de arte.

²³ Así, p. ej., para CASAS (“Notas...”, cit., p. 173) la intransmisibilidad *mortis causa* del derecho suponía discriminar a los artistas plásticos frente a los demás autores. ESPÍN ALBA (op. cit., p. 445) advierte que la exclusión de la transmisibilidad *mortis causa* supondría una drástica reducción del ámbito de aplicación del derecho de participación, ya que la experiencia demuestra que “existe una mayor intensidad de reventas después de la muerte del autor”; en igual sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ, op. cit., p. 355.

²⁴ La redacción del art. 24 finalmente acogida por el TRLPI fue la siguiente: “1. Los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas. 2. La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquélla cuando dicho precio sea igual o superior a 300.000 pesetas por obra vendida o conjunto que pueda tener carácter unitario. 3. El derecho establecido en el apartado 1 de este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión “mortis causa” y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor. 4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación. 5. La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule”.

12. De cara a facilitar la consecución de sus objetivos últimos, la Directiva preveía un período transitorio limitado para su implementación íntegra en aquellos Estados miembros que no tuvieran reconocido el derecho de participación en el momento de su entrada en vigor, concretamente en lo relativo a la extensión de su reconocimiento a los derechohabientes del autor (art. 8)²⁵; subrayaba la conveniencia de que la UE iniciase negociaciones en el ámbito exterior para establecer la obligatoriedad del art. 14 *ter* del Convenio de Berna (cdo. (7) y art. 8.4); y preveía (art. 11) un sistema de seguimiento de su propia aplicación, con objeto de calibrar la incidencia que el proceso de armonización pudiera tener en la competitividad de la UE en el mercado internacional del arte moderno y contemporáneo y en el propio mercado interior, prestando especial atención asimismo a la incidencia de la Directiva sobre la promoción de la creación artística y a las modalidades de gestión en los Estados miembros. En cambio, el Preámbulo de la Directiva insistía en que no se consideraba necesario suprimir o evitar aquellas diferencias de regulación que no perjudicasen el funcionamiento del mercado interior (cdos. (13) a (16)).

13. Durante las negociaciones previas a la adopción de la Directiva hubo de afrontarse la tenaz resistencia a la armonización presentada, especialmente, por el Reino Unido, que siempre había considerado la introducción del *droit de suite* como un obstáculo para el mantenimiento del papel protagonista de Londres en el mercado internacional del arte; ello explica en buena medida que el contenido del derecho de participación finalmente definido por la Directiva quedara sustancialmente reducido respecto a las propuestas iniciales —y también respecto al régimen previamente existente en muchos Estados miembros— en aspectos tan relevantes como el ámbito objetivo de protección, el umbral de aplicación, los porcentajes de participación, el tope máximo fijado, el plazo de transposición y otros²⁶.

14. El Informe elaborado por la Comisión en 2011 sobre el efecto de la Directiva²⁷ vino a poner de manifiesto, por un lado, que el proceso de extensión y armonización del derecho de participación en el ámbito de la UE no parece haber tenido una influencia apreciable en la pérdida de posición de Europa dentro del mercado internacional del arte moderno y contemporáneo, ni tampoco en la deslocalización de las ventas dentro de la propia UE²⁸; por otro, que subsisten importantes diferencias entre los Estados miembros en cuanto a la calidad de la gestión del derecho de participación, lo que resulta especialmente relevante en la medida en que una gestión ineficaz puede incrementar inútilmente la carga que su reconocimiento ha de suponer para los profesionales implicados y también para los propios titulares del derecho —especialmente los situados en la parte baja de la escala—²⁹. En consecuencia, y de cara al futuro,

²⁵ Cuestión esta sobre la que se planteó un importante debate entre los diferentes órganos de la UE (vid. al respecto R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada”, en *Pe.i.: Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 8, 2001, pp. 10 y 23). Los Estados en cuestión (inicialmente Reino Unido, Irlanda, Holanda y Austria, a los que luego se unió Malta) hicieron uso del período transitorio adicional permitido por la Directiva, por lo que su transposición íntegra se retrasó en ellos hasta el 1 de enero de 2012.

²⁶ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., pp. 9 y 17; VICENTE, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

²⁷ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (2001/84/CE), Bruselas, 14 diciembre 2011 (COM (2011) 878 final) ([http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0878/COM_COM\(2011\)0878_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0878/COM_COM(2011)0878_FR.pdf)).

²⁸ El Informe de la Comisión (p. 8) explica que las características de los diferentes mercados del arte, su evolución y su competitividad dependen de una gran diversidad de factores (que además difieren en función de que se atienda al segmento más caro del mercado o a otros segmentos), entre los cuales la existencia o no del derecho de participación no es el más relevante: el régimen fiscal (en particular, el régimen del IVA, cuya tarifa puede oscilar según los países entre el 15 y el 25%), el coste de las comisiones, los gastos administrativos (entre ellos, los derivados en su caso del derecho de participación), el cambio de los gustos y de la percepción del valor del arte como inversión, la posibilidad de contar con expertos, la especialización de un determinado mercado, la confianza y los contactos, la evolución del reparto mundial de la riqueza (factor decisivo, por ejemplo, en el caso de China y de otras economías emergentes), o la atracción creciente que ejercen las ferias nacionales e internacionales. En este sentido, vid. también los estudios citados en el documento publicado en 2014 por las entidades CISAC, EVA y GESAC, titulado “Derecho de participación del artista” (localizable en <http://resale-right.org/about/>, p. 4); y, en la doctrina, PFENNIG, “Aspectos...”, cit., p. 48, y “El derecho...”, cit., p. 23; MAGRI, *op. cit.*, ap. 4; y CH. RAMONBORDES (“Repercusiones económicas de la Directiva europea relativa al *droit de suite*”, en *Boletín de derecho de autor*, vol. XXXIV, nº. 2, 2000, p. 30).

²⁹ Se señala en el Informe de la Comisión (pp. 9-10) que los costes de gestión asociados al derecho de participación suelen suponer para las empresas y profesionales implicados un máximo de 50 euros por transacción, y que se trata básicamente de costes de personal necesarios para (i) identificar a los artistas afectados; (ii) identificar y encontrar a los herederos y otros

se propone seguir analizando la evolución del mercado del arte, dar continuidad a los esfuerzos encaminados a persuadir a terceros Estados para que instauren el derecho de participación en sus respectivos ordenamientos (esfuerzos que poco a poco parecen ofrecer algunos resultados relevantes³⁰), elaborar una serie de recomendaciones o buenas prácticas relacionadas con la gestión del derecho con el fin de minimizar los costes y mejorar el sistema de percepción y distribución en todos los Estados miembros, e incrementar los niveles de transparencia y eficacia en la labor de las entidades de gestión colectiva. A la espera de los resultados que puedan derivarse de estas iniciativas, no cabe ignorar el importante factor de incertidumbre que en esta materia ha supuesto el *Brexit* que, a primera vista, no permite augurar un brillante porvenir al derecho de participación en el Reino Unido, lo que podría llegar a ser un importante obstáculo sobrevenido en el proceso de consolidación del mismo en el contexto internacional.

15. Aunque llegó a existir un Anteproyecto de reforma del art. 24 TRLPI, el legislador español optó finalmente por transponer la Directiva 2001/84 al Derecho interno³¹ mediante la elaboración de una Ley especial, la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (LDP), que constituye la regulación actualmente vigente sobre la materia en España.

III. Obras de arte a las que se aplica el *droit de suite*

16. El art. 1 LDP, siguiendo el modelo de la Directiva (art. 1.1 y art. 2), define el ámbito objetivo del derecho de participación en términos bastante más amplios y precisos que el precedente art. 24

derechohabientes; y (iii) tramitar las omisiones y reembolsos, a los que se unen los costes de los sistemas informáticos. En el caso de las entidades de gestión, los costes se sitúan entre el 10 y el 20 por ciento de las sumas percibidas, que normalmente se deduce antes de la distribución de los derechos, y por tanto corre a cargo de los beneficiarios.

³⁰ Como advierte PFENNIG (“Aspectos...”, cit., p. 48), “el principal problema con respecto al *droit de suite* estriba en que no se reconoce a escala mundial ni ha sido armonizado, al menos, para un grupo especial de mercados”. En el documento de CISAC, EVA y GESAC (*op. cit.* p. 1), se señala que, si bien en la actualidad el derecho está regulado en más de setenta países del mundo (entre ellos, además, de los Estados miembros de la UE, cabe citar supuestos tan significativos como los de Rusia o India; puede verse un listado completo en p. 5), el hecho de que aún no esté reconocido en países tan importantes para el mercado del arte como Estados Unidos o China, unido al principio de reciprocidad que deriva del Convenio de Berna, supone un gran obstáculo para los artistas visuales de todo el mundo. En el caso de Estados Unidos (que representa una cuota del mercado mundial de aproximadamente el 30 %), en febrero de 2014 se presentó ante el Congreso un proyecto de ley sobre el derecho de participación, precedido por un informe favorable sobre el mismo publicado en diciembre de 2013 por la Oficina Estadounidense del Derecho de Autor que, al fin, parece abrir la perspectiva de una futura ley federal sobre el derecho de participación (cfr. H. I. LAZEROW, (“Art Resale Royalty Options” (2015) Law Faculty Works, 7, University of San Diego, http://digital.sandiego.edu/law_fac_works/7, p. 2). En cuanto a China, que en los últimos años se ha convertido en el segundo mercado del arte más importante del mundo, existe también, al parecer, una disposición favorable al reconocimiento del derecho (F. A., GARÍN ALEMANY, “Comentario del artículo 24”, en F. PALAU RAMÍREZ, y G. PALAO MORENO, dirs., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 397), que se concretó ya en mayo de 2012 en la presentación de un proyecto de ley al respecto. Por último, en Suiza (país especialmente significativo por la potencia de su mercado del arte, pero también por su proximidad geográfica a la UE) se han presentado ya diferentes iniciativas encaminadas a incorporar el derecho de participación, la última en 2013 (vid. N. M. NEUHAUS, “Switzerland: Fourth attempt to introduce the resale right”, 3 febrero 2016, <http://www.ial.uk.com/switzerland-fourth-attempt-to-introduce-the-artist-resale-right/>), pero hasta el momento tales iniciativas no han conseguido superar la fuerte resistencia planteada desde diversos sectores, que siguen apelando a la conveniencia de mantener la competitividad del mercado del arte suizo evitando cargas administrativas innecesarias (por todos, K. FISCHER, “Switzerland without Resale Right (droit de suite). Supplementary Paper Based on Practical Experience”, 2008, http://www.fischerauktionen.ch/UserData/Download_41921_00.pdf).

³¹ La transposición tuvo lugar de forma tardía, ya que el plazo máximo previsto finalizaba el 1 de enero de 2006 (art. 12). El incumplimiento del plazo dio lugar a que España fuera condenada por STJCE, Sala 5ª, de 31 enero 2008 (asunto C-32/07) (*Tol.* 1.244.544). La transposición de la Directiva se abordó en algunos de los Estados miembros más relevantes a través de las siguientes normas: en Francia, Ley nº 2006-961, de 1 agosto 2006, por la que se modifica el *Code de la Propriété Intellectuelle* de 1 julio 1992 (en adelante, *CPI*); en el Reino Unido, ley nº 346, de 13 febrero 2006, por la que se aprueba *The Artist's Resale Right Regulations 2006* (en adelante, *ARRR*); en Alemania, art. 26 de la *Urheberrechtsgesetz* de 9 septiembre 1965 (en adelante, *UrhG*); en Italia, Decreto Legislativo núm. 118, de 16 febrero 2006, por el que se modifican los arts. 144 a 155 de la *Legge* nº 633, di 22 aprile 1941, *sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* (en adelante, *LDA*); en Portugal, Ley 24/2006, de 30 de junio, por la que se modifica el art. 54 del *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* (en adelante, *CDA*).

TRLPI, que se limitaba a referirlo a las “obras de artes plásticas”. A modo de enumeración no exhaustiva, el precepto menciona los “*cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte*”. De este modo, el derecho se reconoce ahora de forma expresa, no solo respecto a las obras de artes plásticas, sino también a las obras gráficas y a las obras fotográficas, así como a las piezas de vídeo arte, que no aparecían mencionadas en la Directiva. La relación del art. 1.1 puede hacerse extensiva en la actualidad a las distintas obras plásticas y gráficas mencionadas como creaciones protegibles por el art. 10.1 TRLPI³².

17. Aunque el art. 1.1 LDP no lo dice expresamente (sí aparece explicitado en la Directiva y en el propio título de la ley), es evidente que las previsiones de la LDP solo serán aplicables a las obras de arte “originales”, esto es, las que “*constituyan creaciones ejecutadas por el propio autor o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales*” (art. 2.1 de la Directiva). Obsérvese que el sentido que aquí asume el término “original” no coincide con el que maneja el art. 10.1 TRLPI (donde se alude a la necesidad de que las obras científicas, literarias o artísticas, para ser protegidas, tengan un carácter innovador, al menos en términos relativos, y sean el resultado del esfuerzo personal del autor), sino que hace referencia más bien a la identificación de la creación intelectual con el soporte material, que es la característica propia de las obras a las que se aplica el derecho de participación³³.

18. La LDP reformula la referencia a las obras plásticas, gráficas o fotográficas elaboradas en tiradas o ediciones limitadas (tales como grabados, estampas, litografías, fotografías, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal, e incluso esculturas), de tal manera que la reventa de los ejemplares resultantes también activará el derecho de participación del autor en la medida en que se den las condiciones descritas por el propio precepto: “*Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad*³⁴ *se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor*”. No se establece, por tanto –a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos³⁵, y de lo que parece reclamar la propia Directiva³⁶–, ninguna limitación concreta en cuanto al número máximo de ejemplares elaborados en

³² Art. 10 TRLPI: “*Obras o títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: (...) e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía*”.

³³ “Informe de la Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril”, Madrid, 10 junio 2008, p. 118 (en adelante, “Informe ALADDA”; disponible en www.aladda.es/files/documentacion/Informe_Anteproy_ref_art_24_LPI.pdf). Como apunta BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 365), la noción de originalidad se refiere aquí al objeto, no a la obra como concepción o idea plástica.

³⁴ La posibilidad de extender el derecho de participación a aquellos ejemplares que, aun no habiendo sido fabricados manualmente por el autor en su integridad, sí hubieran sido realizados bajo su control, “*de telle sorte que, dans son exécution même, ce support matériel de l'oeuvre porte la marque de la personnalité de son créateur et qu'il se distingue par là d'une simple reproduction*”, había sido ya reconocida por la *Cour de Cassation* francesa en su sentencia de 13 octubre 1993 (*Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 octobre 1993, 91-14.037*; localizable en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007031206&fastReqId=787089797&fastPos=15>). En principio, quedan fuera del ámbito del derecho de participación las reproducciones de la obra original realizadas íntegramente por terceros o mediante la utilización de medios mecánicos, sin intervención o supervisión alguna del artista (BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 158; CASAS, “El derecho...”, *cit.*, pp. 108-109), así como las que puedan producirse después de la muerte de aquel (ROCHA, *op. cit.*, pp. 165-166); en su caso, la explotación de tales ejemplares podrá reconducirse a las facultades patrimoniales ordinarias de reproducción y distribución. Sin embargo, recuerda BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 372) que en la jurisprudencia francesa se consideró aplicable el *droit de suite* respecto a obras realizadas por el Museo Rodin tras la muerte del artista, pero utilizando moldes creados por él, y contando con el consentimiento de sus herederos, lo que el propio BERCOVITZ considera discutible y, a nuestro juicio, sería difícilmente sostenible con la legislación vigente.

³⁵ Vid., p. ej., art. R122-3 del CPI francés, en su parte reglamentaria.

³⁶ El art. 2.2 de la Directiva dispone: “*Los ejemplares de obras de arte objeto de la presente Directiva que hayan sido hechos en ediciones limitadas por el propio artista o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales a los efectos de la presente Directiva. Dichos ejemplares estarán normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el artista*”.

serie cuya reventa podrá generar el derecho de participación, lo que ha suscitado no pocas dudas en la doctrina, en la medida en que la ausencia de limitaciones significativas en cuanto a la reproducción y distribución de ejemplares de una misma obra no parece fácilmente armonizable con el propio fundamento del derecho de participación³⁷, y además genera un espacio para la incertidumbre que no resulta deseable ni necesario³⁸.

19. Cabe destacar igualmente la desaparición en la LDP de toda referencia a las “obras de artes aplicadas”, que en la legislación anterior aparecían expresamente excluidas del ámbito de aplicación del *droit de suite*. Aunque la expresa mención por la Directiva³⁹ y por la propia LDP de los tapices, cerámicas u objetos de cristal podría suscitar alguna duda, cabe pensar que las razones que justificaban la exclusión del derecho de participación subsisten en la actualidad respecto de aquellos objetos en cuya elaboración y comercialización predomine el elemento industrial y utilitario sobre el puramente artístico⁴⁰; lo que, por otra parte, dará lugar a que el precio de las correspondientes reventas no alcance, como regla general, el umbral mínimo exigido para la generación del crédito de participación. Todo ello sin perjuicio de que sí deba afirmarse la subsistencia del derecho respecto a aquellos objetos que, aun siendo susceptibles de alguna aplicación utilitaria, deban ser considerados como obras de arte originales en el sentido del art. 10 TRLPI⁴¹.

20. Siguiendo también en este punto el criterio de la Directiva (cdo. (19))⁴², la LDP no ha extendido el ámbito del derecho de participación a los manuscritos originales literarios y musicales, pese a que el Convenio de Berna sí hacía referencia a ellos⁴³. Finalmente, aunque la cuestión ha sido discutida, parece mayoritaria la opinión contraria a la inclusión dentro del ámbito objetivo del derecho de participación de las obras de arquitectura y de ingeniería⁴⁴, atendiendo fundamentalmente a los problemas

³⁷ Para BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 12), si bien el número de ejemplares puede ser muy amplio, debería existir alguna limitación; pero no considera imprescindible que los ejemplares estén numerados o firmados por el artista, siempre que estén debidamente autorizados de otra manera, “o, por supuesto, siempre que se pruebe que fueron hechos por el propio artista”. En igual sentido, vid. Informe ALADDA, cit., p. 120. J. RAMS ALBESA, por su parte (“Comentario del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en M. ALBALADEJO GARCÍA, y S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ed. Edersa, Madrid, 1994, p. 444), entendía que debían excluirse del derecho todas las producciones plásticas susceptibles de ser reproducidas mecánicamente, salvo que se partiera de la garantía absoluta de su limitación, “siendo ésta significativa, y con destrucción comprobada y fehacientemente consignada de las planchas originales o de su depósito en museo”. En cambio, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 371) y VICENTE (*op. cit.*, p. 99) entienden que la ley no debe entrar a limitar cuantitativamente el número de ejemplares de este tipo de obras, ya que será el mercado el que limite su valor con arreglo a las leyes de la oferta y la demanda: “A mayor número de obras seriadas, menor valor en venta en el mercado y menores posibilidades de reunir las condiciones de precio umbral a los efectos del *droit de suite*”.

³⁸ En este sentido, LAZEROW (*op. cit.*, pp. 6 y 7), quien considera que la fijación de cualquier límite numérico puede resultar arbitrario, pero es preferible a la incertidumbre derivada de su falta.

³⁹ En este sentido, y respecto a la Directiva, BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 11, quien recuerda que en el Preámbulo de la Propuesta inicial sí se excluían expresamente las obras de artes aplicadas.

⁴⁰ Como apunta CASAS (“El derecho...”, cit., pp. 110 y ss.), lo que se pretendía era excluir el derecho de participación respecto de aquellos objetos que fueran el resultado de una actividad básicamente industrial y no creativa, dadas las dificultades prácticas que podían plantearse a la hora de determinar la base para la aplicación del derecho mediante la discriminación entre el valor artístico, el valor industrial y el valor de utilidad. En Alemania (art. 26.8 *UrhG*) y en Portugal (art. 54.1 *CDA*) se mantiene la expresa exclusión del derecho de participación respecto a las obras de arte aplicado.

⁴¹ El art. 10.1.e) TRLPI sí considera como objeto del derecho de propiedad intelectual las obras plásticas, “*sean o no aplicadas*”. En opinión de BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 12), con el texto de la Directiva finalmente aprobado, deben considerarse protegidas “también las obras de joyería, los muebles (obras de mobiliario), los libros (que sean obras en sí mismos), así como las obras de cualquier arte decorativo”. En cambio, en la página web de Christie’s (www.christies.com) se hace constar, a propósito del derecho de participación: “In Christie’s view, the definition of a work of art does not include furniture, jewellery and books”.

⁴² Pese a que en la Propuesta original sí se incluían; vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Derecho de participación”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 16/2000, parte Tribuna (BIB. 2000/1797), p. 2.

⁴³ La exclusión de los manuscritos literarios o musicales (salvo en la medida en que constituyan en sí mismos una obra de arte original) es valorada favorablemente por CASAS (“El derecho...”, cit., p. 106), ya que en ellos no se da la identificación íntima entre la creación intelectual y el soporte que sí es propia de las obras plásticas originales propiamente dichas. Si se extiende el derecho de participación a la reventa de manuscritos originales en el *CDA* italiano (art. 144).

⁴⁴ El art. 26.8 de la *UrhG* alemana y el art. 54.1 del *CDA* portugués excluyen expresamente el derecho de participación respecto a las obras arquitectónicas.

prácticos que supondría su aplicación en este caso ante la dificultad para deslindar el valor artístico y el valor material de aquellas⁴⁵; en cambio, sí cabría admitir la extensión del derecho de participación a los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería (art. 10.1.f) TRLPI⁴⁶, y también se ha planteado su posible aplicación en el caso de las obras plásticas incorporadas a una construcción y revendidas con ella⁴⁷.

IV. Presupuestos de la generación del crédito de participación

1. Aspectos cuantitativos: la exclusión del sistema de plusvalía; umbral de aplicación; porcentajes aplicables y tope máximo; prueba del precio de reventa

21. La delimitación de los concretos negocios cuya celebración genera el crédito de participación a favor del autor de la obra o de sus causahabientes constituye una cuestión especialmente compleja desde el punto de vista de la articulación normativa del derecho de participación, ya que para abordarla es necesario tener en cuenta, no solo el fundamento del derecho concebido en abstracto, sino también la necesidad de dotarlo de una configuración viable en la práctica, sujeta al menor grado de incertidumbre posible, y razonable desde el punto de vista de los costes inherentes a su gestión; más aún si se tiene en cuenta que el mercado del arte es una realidad extraordinariamente compleja, en la que se integran operaciones muy diversas desde el punto de vista objetivo, subjetivo y cuantitativo, y en el que no siempre cabe esperar un alto nivel de transparencia⁴⁸.

22. La opción (explícita en la Directiva y, por tanto, también en la LDP) por un modelo de derecho de participación basado en la aplicación de un porcentaje al precio de reventa, con independencia de que en esta se ponga o no de manifiesto la existencia de una plusvalía a favor del revendedor, constituye sin duda una decisión fundamental desde el punto de vista político-legislativo, en la medida en que refleja la clara conciencia de que un sistema basado en la previa constatación de la existencia de una revalorización efectiva, aun siendo más coherente con el fundamento original del derecho, hubiera sido poco menos que irrealizable en la práctica⁴⁹. A ello se refiere el art. 1 LDP cuando, al definir el contenido del derecho de participación, afirma que *“los autores de obras de arte gráficas o plásticas (...) tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor”*.

23. Conforme al art. 4 LDP, *“el derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 1.200 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto*

⁴⁵ CASAS, “El derecho...”, cit., pp. 113-114. En la misma línea, señala BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 12) que este tipo de obras “son totalmente ajenas a la problemática que se trata de abordar con la armonización perseguida por la Directiva (“transfuguismo” de obras de arte en el comercio intracomunitario). En cualquier caso, parece lógico que si se hubiera pretendido su inclusión, se habría explicitado, como se ha hecho, por ejemplo, con las fotografías”.

⁴⁶ BLEDA, *op. cit.*, p. 114. Parece aislada la opinión contraria de E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (“Breve anotación a la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original”, en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 33, 2008, parte Comentario, *BIB.* 2008/3080, p. 2).

⁴⁷ Lo apunta CASAS, “El derecho...”, cit., p. 114. En contra, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 367), para quien el *droit de suite* no sería aplicable en estos casos en tanto tales obras conservasen el carácter de pertenencias y no pudiesen, por tanto, circular libremente.

⁴⁸ J. GUTIÉRREZ VICÉN, “Problemas prácticos del *droit de suite* en España”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Derechos del artista plástico*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1996, p. 126. Para un examen de las características del mercado del arte, vid. VICENTE, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

⁴⁹ Así lo reconoce explícitamente el cdo. (20) de la Directiva. En efecto, un sistema basado en la existencia de una plusvalía efectiva implicaría tener en cuenta factores tales como la depreciación monetaria, las inversiones o gastos realizados por el vendedor (seguros, restauración, transporte, etc.), o las consecuencias de una posible desvalorización de las obras; y obligaría a determinar, no solo el precio de la reventa que genera el derecho de participación, sino también el de la adquisición previa, lo que dificultaría sensiblemente el funcionamiento del sistema en un sector de mercado donde los protagonistas no siempre están interesados en dotar de transparencia a las operaciones de compra y venta. Vid. al respecto BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., pp. 18-19; CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., p. 49; y CASAS, “Notas...”, cit., p. 166, n. 24.

concebido con carácter unitario". El establecimiento del llamado "umbral de aplicación"⁵⁰ obedece una vez más a razones prácticas, vinculadas a la idea de que los costes inherentes a la gestión y recaudación del derecho de participación solo aparecen suficientemente justificados cuando las operaciones de venta de obras de arte alcancen un importe mínimo, susceptible por tanto de generar a favor del autor un beneficio mínimamente significativo.

24. Precisa el art. 4 LDP que, para determinar si se alcanza el umbral mínimo habrá de considerarse, bien el precio de una obra individual, bien el de un "*conjunto concebido con carácter unitario*". La norma, que procede del antiguo art. 24 LPI, hace referencia a aquellas obras que, siendo diferentes entre sí, hayan sido originalmente concebidas o ejecutadas como partes de un todo unitario (p. ej., los diferentes cuadros que integran una serie definida, las diferentes piezas integrantes de un grupo escultórico...); y tiene por objeto, tanto evitar que se pretenda eludir la generación del crédito de participación presentando como una pluralidad de enajenaciones distintas la venta de un conjunto unitario, como el supuesto contrario, esto es, que se trate de superar el umbral mínimo presentando como venta de un conjunto lo que en realidad sería una yuxtaposición de ventas referidas a obras diversas⁵¹. Lógicamente, la concepción unitaria del conjunto habrá de tenerse en cuenta, no solo para determinar si se supera o no el precio mínimo al que se refiere el art. 4, sino también a efectos de cuantificar el crédito de participación conforme al sistema de porcentajes decrecientes definido por el art. 5, y para la aplicación del tope máximo de 12.500 euros por obra que establece el mismo precepto. En el caso de venta conjunta y por un solo precio global de obras que no hubieran sido concebidas como unidad⁵², en cambio, la posible superación del umbral mínimo (así como la aplicación de los porcentajes correspondientes y del tope máximo) habrá de dilucidarse de forma individual para cada una de ellas, recurriendo, en su caso, a la determinación pericial de la parte del precio correspondiente a cada una.

25. De la cuantificación del crédito de participación se ocupa el art. 5 LDP⁵³, que, conforme a la Directiva⁵⁴ –y apartándose del modelo de la LPI, basado en el establecimiento de un porcentaje fijo–, atribuye al autor un porcentaje del precio de reventa que se va reduciendo por tramos (desde el 4% hasta el 0,25%) a medida que se incrementa aquel⁵⁵, con un tope máximo de 12.500 euros por obra y reventa. Dado que el umbral de aplicación del derecho de participación se sitúa en 1.200 euros, el importe que

⁵⁰ Conforme al art. 3.2 de la Directiva, el umbral de aplicación fijado por los Estados miembros no puede superar los 3.000 euros. El cdo. (22) de la Directiva explica que la posibilidad de rebajar ese límite se reconoce a los Estados "*con objeto de proteger los intereses de los nuevos artistas*", en el entendimiento de que ello no habrá de tener consecuencias significativas para el buen funcionamiento del mercado interior, habida cuenta de la escasa cuantía de los importes que en tales supuestos se generarán. El criterio seguido en este punto por las legislaciones nacionales ha sido muy diverso: 1.200 euros en España, 3.000 en Portugal e Italia, 1.000 en Reino Unido, 400 en Alemania, y 750 en Francia.

⁵¹ Como señala BERCOVITZ ("*La Directiva...*", cit., pp. 19-20), "es claro que tanto la existencia como la inexistencia de ese carácter unitario no puede quedar sometido a la voluntad de vendedores y compradores en cada momento dentro del mercado. Debe responder a una consideración fija del conjunto, derivada de la voluntad expresa o manifiesta del autor". Para ROCHA (*op. cit.*, p. 176), no se opone a ese carácter unitario el hecho de que las obras hayan sido realizadas en momentos diferentes, que tengan una naturaleza diversa o, incluso, que procedan de diferentes autores.

⁵² Supuesto al que se refiere BALLESTEROS señalando que el mismo puede darse con mayor facilidad en el caso de subastas derivadas de un procedimiento de apremio (*op. cit.*, p. 157).

⁵³ Artículo 5 LDP: "*Cálculo del importe. El importe de la participación que corresponderá a los autores estará en función de los siguientes porcentajes: a) El 4% de los primeros 50.000 euros del precio de la reventa. b) El 3% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros. c) El 1% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 200.000,01 y 350.000 euros. d) El 0,5% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 350.000,01 y 500.000 euros. e) El 0,25% de la parte del precio de la reventa que exceda de 500.000 euros. En ningún caso el importe total del derecho podrá exceder de 12.500 euros. Los precios de reventa contemplados en este artículo se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra*".

⁵⁴ El art. 4 de la Directiva permite a los Estados miembros aplicar un porcentaje de un 5% para los primeros 50.000 euros del precio de venta; y fija un porcentaje mínimo del 4% para la parte del precio situada por debajo de los 3.000 euros, en el caso de aquellos Estados que opten por fijar un umbral de aplicación inferior a esa cifra.

⁵⁵ Se muestra crítico con el sistema de porcentajes decrecientes PFENNIG ("*Aspectos...*", cit., p. 45), para quien "sólo es practicable un porcentaje fijo para todas las ventas, ya que permite a los deudores, los beneficiarios, los marchantes y los organismos de recaudación que manejan la gestión de la remuneración por concepto de *droit de suite* elaborar los procedimientos administrativos más simples y prácticos".

conforme a la Ley española podrá percibir el autor por cada una de sus obras y reventas oscilará entre los 48 (4% de 1.200), y los 12.500 euros. En términos generales, se ha observado que la aplicación del sistema de la Directiva redundará en perjuicio de los autores, que han visto sensiblemente reducido respecto a las normas preexistentes el valor de su derecho⁵⁶, lo que ha sido explicado como una forma de evitar que un importe excesivamente elevado pudiera hacer rentables los costes inherentes a una posible deslocalización de las ventas⁵⁷.

26. El art. 4 LDP, al regular el umbral de aplicación, establece que deberá tenerse en cuenta el precio de reventa, “*excluidos los impuestos*”. De forma algo más precisa, el art. 5, a efectos de cuantificación del crédito de participación, señala en su inciso final que “*los precios de reventa contemplados en este artículo se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra*”⁵⁸. A propósito de esta cuestión, las principales dudas se pueden plantear a la hora de determinar si, a estos efectos, deberán ser tenidos en cuenta o no otros costes o gastos generados por la enajenación (p. ej., comisiones de los profesionales o empresas intervinientes, gastos de tasación, restauración, transporte o depósito de las obras, gastos generados por la subasta, etc.), y que aparezcan explícita o implícitamente integrados en el importe total pagado por el comprador. En principio, parece que el derecho de participación, por su propia naturaleza, debería proyectarse únicamente sobre el precio neto⁵⁹, entendiendo por tal la retribución satisfecha por la obra propiamente dicha; es evidente, sin embargo, que la determinación del precio finalmente pagado por el comprador se hará en muchos casos teniendo en cuenta otros costes que no siempre tendrán un reflejo explícito y separado en la documentación de la venta. Cabe pensar, por ello, que a los efectos previstos por los arts. 4 y 5 habrá de partirse de la cantidad efectivamente abonada por el comprador –impuestos excluidos–, lo que, además, sería coherente con la expresa afirmación (en el art. 8.1.b) de que los profesionales intervinientes en la operación habrán de notificar a los interesados, entre otros datos, “*el precio íntegro de la enajenación*”; todo ello sin perjuicio, entendemos, de que haya de reconocerse a los obligados la posibilidad de deducir aquellas cantidades que probadamente respondan a otros conceptos distintos⁶⁰. Naturalmente, en ningún caso habrá de considerarse como parte del

⁵⁶ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 16.

⁵⁷ La opción por una escala decreciente y el establecimiento de un tope máximo parecen encontrar su explicación en la preocupación sentida por los órganos comunitarios –a instancias del Reino Unido– de que la fijación de un porcentaje demasiado elevado en las obras más cotizadas determinase una fuga de las mismas hacia mercados situados fuera de la UE; en este sentido, BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 17; y VICENTE, *op. cit.*, pp. 61 y 122. Siguiendo a DUCHEMIN, señala esta última autora que la principal crítica dirigida al establecimiento del tope máximo de 12.500 euros tiene que ver con el hecho de que en las operaciones cuyo precio sea superior a 1.500.000 euros solo el artista, y no los demás profesionales intervinientes en la operación, se verá privado de la posibilidad de obtener una participación mayor. La propia Directiva prevé la posibilidad de una adaptación periódica del umbral de aplicación, de los porcentajes y de la cuantía máxima, en atención a la evolución del sector, al tiempo que encomienda a la Comisión la elaboración de los correspondientes informes periódicos y propuestas de modificación (cdo. (26) y art. 11).

⁵⁸ Coincide con el art. 5 de la Directiva: “*Base de cálculo. Los precios de venta contemplados en los artículos 3 (umbral de aplicación) y 4 (porcentajes) se entenderán sin impuestos*”.

⁵⁹ Entiende PFENNIG (“Aspectos...”, cit., p. 42) que, en general, “el precio de reventa al cual se aplica el *droit de suite* se considera un precio neto: han de deducirse los gastos adicionales por concepto de restauración, enmarcado y otros”. En igual sentido, respecto al art. 24 TRLPI, VICENTE (*op. cit.*, p. 104).

⁶⁰ No creemos que en el sistema de la LDP deba seguirse de forma rigurosa, por tanto, el criterio que formulaba el art. 3 del RD 1434/1992, cuando, al regular el importe mínimo de la reventa, atendía al “*montante bruto facturado sin previa deducción alguna*”; al tiempo que fijaba la cuantía del derecho de participación en el tres por ciento calculado “*sobre el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación en caso de subasta, sin previa deducción alguna*”. En opinión de ROCHA (*op. cit.*, p. 175), ello implicaba que no se debían deducir comisiones, gastos de publicidad, gastos de conservación o restauración, descuentos por pronto pago, etc.; mientras que, para RAMS (*op. cit.*, p. 445), por precio debía entenderse “el desembolso efectuado por el adquirente por todos los conceptos, excluidos los impuestos, y no el líquido percibido por el vendedor; es decir, se deben incluir las percepciones porcentuales de la entidad subastadora o de los intermediarios mercantiles”. También en el precedente RD 395/1988 se tomaba como base para el cálculo del crédito de participación “*el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación, en el caso de subasta, sin previa deducción alguna*”. Aludiendo a este precepto, señalaba CASAS (“Notas...”, cit., p. 167) que la referencia al “*precio bruto sin previa deducción alguna*” implicaba que “conceptos como costes de la subasta, alquileres, comisiones de intermediarios, impuestos a cargo del vendedor y, en particular, la suma umbral de 200.000 pesetas, no podrán descontarse del precio estipulado. Si una obra se vende por un millón, el artista tendrá derecho a cobrar 20.000 pesetas”. Por aplicación de ese criterio (pero también del principio de mayor facilidad y disponibilidad probatoria, conforme al cual debía imponerse a la entidad demandada la carga de la prueba respecto a la realidad de las ventas efectuadas y su precio),

precio el importe correspondiente al propio crédito de participación, aun en el caso de que su pago haya sido asumido en virtud de pacto por el comprador⁶¹, ni tampoco la prima adicional que los profesionales intervinientes en la subasta cobren al comprador⁶².

27. Desde el punto de vista práctico, uno de los principales problemas que se han planteado en nuestra jurisprudencia a la hora de cuantificar el importe del crédito de participación es el que se refiere, precisamente, a la prueba del precio de reventa, y del propio hecho de haberse producido esta. En esta materia jugarán los principios generales en materia de prueba, incluyendo la posibilidad de acudir a cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho (como la aportación de catálogos o anuncios de subastas, la declaración de testigos predispuestos por la parte interesada para asistir a la subasta, o el uso de presunciones), si bien los Tribunales han subrayado la trascendencia que a estos efectos asume el principio de la mayor facilidad y disponibilidad de los medios probatorios (art. 217.7 LEC), que debe llevar a atribuir la carga de la prueba –y, por tanto, las consecuencias negativas de la ausencia de prueba o de la eventual debilidad de las pruebas aportadas de contrario– a los profesionales que, por su condición, por su intervención directa en la reventa, y por las obligaciones y responsabilidades que la ley les atribuye en relación con el derecho de participación (especialmente, en lo que se refiere a la información y documentación que han de facilitar a los titulares y beneficiarios sobre los datos relevantes para la liquidación del derecho), están en mejores condiciones para aportar todos los datos relativos a las operaciones de reventa en que hayan participado.

28. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la reciente SAP Madrid, Sec. 28ª, de 25 septiembre 2015 (ROJ. SAP M 13647/2015)⁶³, que resuelve la demanda planteada por VEGAP frente a una casa de subastas por el incumplimiento de los deberes de información, documentación, liquidación y pago relacionados con el derecho de participación de los autores cuyas obras habían sido vendidas en diferentes subastas. La empresa demandada se opuso alegando, en esencia, que parte de las obras respecto de las cuales se pretendía hacer efectivo el derecho de participación no habían llegado a ser vendidas –por lo que habían sido devueltas a sus titulares–, o lo habían sido por un precio distinto del alegado. El razonamiento del Tribunal es el siguiente:

“Toda vez que VEGAP no puede acreditar la efectiva venta de cada obra, al tratarse de hechos ajenos a ella, producidos en la esfera reservada de Casa de Subasta Odalys, S.L. y cada uno de los compradores, lo más que le resulta exigible a VEGAP es probar la existencia de un remate en subasta por cada una de aquellas obras, de acuerdo con el principio de facilidad y disponibilidad de cada parte sobre las fuentes de prueba (art. 217.7 LEC). (...) Y dicha carga de la prueba aparece razonablemente colmada por VEGAP con la aportación de los testigos que fueron, a su instancia, a presenciar las tres subastas señaladas, que adveran en juicio que se produjeron tales remates. Ciertamente se trata de una prueba de carácter personal, la testifical, y realizada por personas con relación con VEGAP, pero al tratarse la subasta de un acto oral, no cabe aportar en buena lógica otro tipo de prueba por su parte. (...) A partir de tal punto, es Casa de Subasta Odalys, S.L. quien tiene que acreditar que la venta en cada caso no llegó a producirse efectivamente, lo que está a su alcance, dado el control y disponibilidad sobre las fuentes de prueba para ello, en especial, la documentación generada en el tráfico de tales obras. (...) Cuando Casa de Subasta Odalys, S.L. no ha acreditado la devolución de la obra, o el depósito en su poder, toda vez que

la SAP Madrid, Sec. 14ª, de 9 julio 2001 (JUR. 272630) rechazaba la alegación de pluspetición formulada por la casa de subastas demandada con el siguiente razonamiento: *“Tampoco y en definitiva puede prosperar la reducción que se pretende con relación a obras que a su entender no quedaban comprendidas en el supuesto, por no alcanzar el precio de 300.000 pesetas, no resultando admisibles a la vista de lo antes expuesto en cuanto a precio de transmisión, los cálculos que realiza con base a deducciones por razones fiscales y de corretaje, debiendo estar al precio del remate, con arreglo al cual se giró el porcentaje legalmente establecido”*.

⁶¹ Sobre esta cuestión, vid. STJUE (Sala 4ª) de 26 febrero 2015 (TJCE. 2015/7); *infra*, VI.

⁶² En las condiciones generales de Sotheby's (www.sothebys.com) se especifica que el importe del derecho de participación se calculará tomando como base el precio de remate en la subasta (*hammer's price*), excluyendo el IVA y la prima adicional que ha de satisfacer el comprador (*buyer's premium*).

⁶³ Previamente, y en el mismo sentido, vid. SAP Madrid, Sec. 14ª, de 9 julio 2001 (JUR. 272630), y la muy detallada SAP Madrid, Sec. 28ª, de 12 febrero 2008 (AC. 839).

si está probado que se produjo el remate en la subasta por ella, ha de concluirse que la obra fue vendida efectivamente y lo fue por el precio de remate, señalado por VEGAP, ya que esta actora ha aportado ese indicio razonable de venta (art. 386 LEC), sin que Casa de Subasta Odalys, S.L. haya destruido probatoriamente tal apariencia”.

2. La intervención de profesionales del mercado del arte

29. La necesidad de dotar de viabilidad práctica al sistema es también lo que justifica el criterio utilizado por el legislador para delimitar cuáles son las concretas reventas que generarán el crédito de participación, atendiendo al hecho de que en ellas hayan participado como vendedores, compradores o intermediarios “*profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado*” (art. 3.1 LDP⁶⁴). El fundamento de la norma ha de buscarse en la constatación de que la adecuada gestión del derecho de participación presupone unas mínimas condiciones de transparencia, información y documentación que solo son razonablemente exigibles en aquellos casos en que intervenga en la operación un profesional del ramo⁶⁵. La norma exige que el profesional haya intervenido como vendedor, como comprador o como intermediario, lo que debería englobar a aquellos casos en que el profesional haya actuado como representante de alguna de las partes⁶⁶; no parece, en cambio, que pueda considerarse como suficiente el hecho de que un profesional se haya limitado a informar o asesorar a alguna de las partes⁶⁷, ni tampoco con que haya intervenido como experto a efectos de tasar la obra o determinar su autenticidad⁶⁸. No se exige, desde luego, que el profesional cuente con un establecimiento propio para el desarrollo de su actividad; resulta significativo, en este sentido, que el legislador español haya considerado oportuno aclarar en el art. 3.2 LDP que “*el derecho se aplicará igualmente cuando los profesionales del mercado del arte lleven a cabo las actividades descritas a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*”⁶⁹.

30. En cambio, la actual redacción de la norma –apartándose de sus precedentes, y siguiendo el dictado de la Directiva– sí deja claro que no bastará para que se genere el derecho de participación con que en la operación haya intervenido un profesional ajeno al mercado del arte⁷⁰, a menos que se trate precisamente de una “*persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado*”. Según el Preámbulo de la LDP, con esta última formulación se trata de “*evitar que puedan quedar excluidas del pago del derecho las reventas efectuadas por sujetos que, aun desempeñando de forma habitual actividades en el mercado del arte, actúen al margen de los circuitos tradicionales*”⁷¹.

⁶⁴ Obsérvese que la LDP incluye a las salas de subastas, que, sin embargo, no aparecen expresamente mencionadas en el art. 1.2 de la Directiva; aunque es obvio que las mismas pueden considerarse también como “salas de venta”.

⁶⁵ CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., p. 40. Además, como señala PFENNIG (“El derecho...”, cit., p. 24), “la condición previa de toda aplicación efectiva del derecho de participación es la existencia de un mercado del arte importante que disponga de una infraestructura de galerías y salas de subastas”.

⁶⁶ Así se reconoce expresamente en la *ARRR* británica (Reg. (12) (3) (a)). Sobre las implicaciones tributarias de la gestión del derecho de participación en relación con el IVA, vid. la Consulta vinculante núm. V2786/2011, de 23 noviembre, de la Dirección General de Tributos (Tol. 2.295.383).

⁶⁷ VICENTE (*op. cit.*, p. 131) advierte, no obstante, sobre la posibilidad de que determinadas empresas o profesionales del mercado del arte (p. ej., casas de subastas) asuman el papel de meros asesores en ciertas operaciones, para que, en lugar de realizarse por los cauces habituales (p. ej., la subasta), se deslicen al terreno de la venta privada, “con fines claramente defraudatorios de este y de otros derechos”. En igual sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 376, n. 149), citando ejemplos de la jurisprudencia francesa.

⁶⁸ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 13, n. 12.

⁶⁹ Sobre las dificultades que el uso de la red puede plantear para la efectividad del derecho de participación, en la medida en que puede facilitar la deslocalización de las operaciones y, por tanto, la elusión de las normas legales, vid. VICENTE, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁰ En este sentido, BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 14. En el sistema del art. 24 LPI el derecho de participación se generaba en las reventas que tuvieran lugar “*en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil*”.

⁷¹ Como señala M. J. BOTANA AGRA (“La Ley 3/2008 reguladora del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 29, 2008/2009, p. 1.473), “más que la estructura

El hecho de que se aluda específicamente al ejercicio habitual de “actividades de intermediación” permite entender que no será suficiente que intervengan en la reventa personas que actúan habitualmente como compradores o vendedores de obras de arte (p. ej., coleccionistas o inversores). Obsérvese, en todo caso, que con ello el ámbito de aplicación de la norma española puede extenderse más allá de los límites fijados por el art. 1.2 de la Directiva, para incluir a sujetos o entidades que, sin ser estrictamente profesionales del mercado del arte, intervengan en él de modo habitual (entidades financieras que intermedian en operaciones de inversión que tienen por objeto obras de arte, abogados especializados en el sector, etc.).

31. Como excepción a la regla según la cual la generación del derecho de participación a favor del autor aparece vinculada a la intervención de un profesional del mercado del arte en la operación, y haciendo uso de la opción que el art. 1.3 de la Directiva ofrecía a los legisladores nacionales, advierte el art. 3.3. LDP que “*se exceptúan los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor; siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos*”. Se trata de las denominadas “ventas promocionales”, en las que la exclusión del derecho de participación tiene por objeto precisamente incentivar la primera enajenación de la obra por parte del propio autor, facilitando así su acceso al mercado del arte, y compensando los riesgos que asumen los profesionales que invierten en autores noveles⁷². La norma española formula la excepción en términos mucho más restrictivos que los que permite la Directiva, en la que no se exige que el revendedor tenga ninguna cualidad o condición específica⁷³; la principal duda que plantea aquella se refiere a la posibilidad de extender la excepción, al menos, a supuestos en que la cesión inicial de la obra tenga como destinatario a una empresa o profesional del mercado del arte que no sea propiamente una galería de arte (p. ej., un marchante sin galería propia, o un inversor no profesional); posibilidad que, a nuestro juicio, no debería descartarse apelando a la necesidad de interpretar restrictivamente una excepción a la regla general⁷⁴, ya que la finalidad subyacente a la norma se dará habitualmente en igual medida en esos otros casos⁷⁵.

32. Es indudable que no se activará el derecho de participación en el caso de las reventas que se celebren directamente entre particulares “*que actúen a título privado*” sin participación de ningún profesional del mercado del arte. Así lo reconoce expresamente el Preámbulo de la LDP, que añade a continuación una llamativa clarificación al respecto: “*Por tanto, conforme a la Directiva 2001/84/CE, el derecho de participación no se aplica a los actos de reventa efectuados por personas que actúen a título privado a museos no comerciales abiertos al público*”. Se trata, en efecto, de un supuesto al que alude de forma

y denominación con que actúe una persona física o jurídica en el tráfico del arte, a los efectos de atribuirle la condición de ‘profesional’ será elemento determinante la habitualidad (para cuya apreciación habrá que atender a las circunstancias de cada caso) de su actuación en el mercado del arte”. El Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 122) considera acertada la puntualización, y la relaciona con la necesidad de evitar la competencia desleal que pudieran desarrollar quienes *de facto* actúan como intermediarios profesionales respecto a aquellos otros profesionales “cuya actividad se desarrolla regular y abiertamente”. En cambio, J. GUTIÉRREZ VICÉN (“Comentario del artículo 24”, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 235), considera que el término “habitualmente” puede generar inseguridad a la hora de determinar si una operación está o no sujeta al derecho de participación.

⁷² Informe ALADDA, *op. cit.*, p. 123. Más crítico, BERCOVITZ (“La Directiva...”, *cit.*, pp. 16 y 19), para quien la opción ofrecida por la Directiva supondría excluir a buena parte de los autores noveles de la fuente principal de realización de su derecho de participación. Se refiere a los problemas de prueba que pueden plantearse respecto al cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, fundamentalmente en cuanto al plazo máximo de tres años, VICENTE (*op. cit.*, pp. 133-134), quien recuerda (p. 160) que, a propósito de este supuesto, el art. 144.3 del CDA italiano presume que la reventa se ha realizado después de los tres años desde la adquisición, salvo que el vendedor pruebe lo contrario.

⁷³ Si bien el Preámbulo de la Directiva (cdo (18)), al referirse a esta hipótesis, alude a la “*situación especial de las galerías de arte que compran obras directamente al autor*”, el art. 1.3 del texto articulado utiliza unos términos mucho más genéricos: “*Los Estados miembros podrán disponer que el derecho contemplado en el apartado 1 no se aplique a las operaciones de reventa si el vendedor compró la obra directamente al autor menos de tres años antes de la reventa y el precio de reventa no excede de 10 000 euros*”. En otros sistemas la excepción ha sido acogida con toda la amplitud que permite la Directiva, sin limitarla al caso en que el vendedor sea una galería u otro profesional del mercado del arte; vid., p. ej., art. L122-8 del CPI francés, art. 144.3 del CDA italiano, y Reg. (12) (4) de la ARRR británica.

⁷⁴ Tal como propone BOTANA, *op. cit.*, p. 1.474.

⁷⁵ Informe ALADDA, *op. cit.*, p. 124.

expresa la propia Directiva, aunque, curiosamente, no lo hace en su texto articulado, sino en el Preámbulo (cdo. 18), y este es el mismo criterio que ha seguido el legislador español⁷⁶. Más allá de que la solución sea criticable desde el punto de vista técnico, es indudable el valor que la acotación asume en el terreno interpretativo⁷⁷. La cuestión será determinar si, a la vista de los términos utilizados por el legislador, el derecho de participación debe quedar excluido únicamente en el supuesto expresamente mencionado (reventas realizadas por particulares a museos no comerciales abiertos al público “*que actúen como compradores*”), en atención a la conveniencia de incentivar las reventas que sirvan para aumentar los fondos de tales museos; o si con la referencia a este supuesto concreto se está apuntando a un criterio interpretativo de mayor alcance, conforme al cual, a efectos del derecho de participación, deberían ser considerados como particulares aquellos sujetos o entidades que, aun desarrollando habitualmente actividades relacionadas con el mercado del arte, actúen sin ánimo de lucro o al servicio de un interés general, como sería el caso, por ejemplo, de las fundaciones o asociaciones vinculadas al mundo del arte⁷⁸.

La cuestión tiene una gran importancia práctica, ya que se trata de supuestos que pueden darse con bastante frecuencia en el ámbito en el que nos movemos, y por tanto la postura que se adopte tendrá una considerable trascendencia a la hora de definir el propio ámbito del derecho de participación, incluso desde el punto de vista de la armonización pretendida por la Directiva. Por nuestra parte, entendemos que, si bien la interpretación amplia podría encontrar algún fundamento en la propia formulación del precepto (el hecho de que el inciso se inicie, tanto en la ley española como en la Directiva, con la locución “*por tanto*” parece dar a entender que no se pretende formular una excepción a la regla general, sino más bien un ejemplo de aplicación de la misma), lo cierto es que la exclusión del supuesto que nos ocupa no puede explicarse satisfactoriamente como una simple aplicación de la regla según la cual el derecho de participación no ha de activarse en el caso de las reventas entre particulares; regla que, como vimos, obedece únicamente a la imposibilidad práctica de someter tales reventas a unos mecanismos eficaces de control, que sin embargo sí serían exigibles en el ámbito de las operaciones en las que aparezca como comprador un museo u otra entidad directamente relacionada con el mercado del arte. La exclusión del *droit de suite* (con el consiguiente sacrificio que ello implica para los intereses del autor) en este caso solo puede explicarse, por tanto, en atención a otro tipo de consideraciones, relacionadas más bien con la conveniencia de facilitar la adquisición de obras de arte por parte de estas instituciones, que de este modo cumplen una función de indudable interés general⁷⁹; de ahí que la excepción se refiera, precisamente, a las reventas en las que las mismas aparezcan como compradores, y no a aquellas en las que aparezcan como vendedores. En consecuencia, entendemos que, *de lege data*, no hay razones para extender la excepción relativa a los “museos no comerciales abiertos al público” más allá de sus propios términos.

33. ¿Qué sucederá en el caso de las reventas en las que sea parte una entidad pública? Ni la Directiva ni la LDP permiten dar una respuesta clara a esta cuestión, que también puede tener una con-

⁷⁶ Sí aparece expresamente formulada la excepción en el art. 54.6 del CDA portugués.

⁷⁷ En el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 124) se explica que, pese no aparecer en el texto articulado de la Directiva, “no se trata de una opción dejada a criterio de los Estados, sino de una excepción obligada o (...) de una interpretación auténtica de los artículos 1.1 y 1.2 de la misma en lo que atañe a reventas sujetas”.

⁷⁸ En este sentido, p. ej., VICENTE, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁹ CAAMIÑA, “La Directiva...”, *cit.*, pp. 41 y 42. El cdo. (18) de la Directiva señala al respecto: “*este derecho no debería, por tanto, aplicarse a los actos de reventa por parte de personas que actúen a título privado a museos no comerciales abiertos al público*”. Como advierte BERCOVITZ (“La Directiva...”, *cit.*, pp. 13-14), la exclusión no es aplicable a los titulares de museos no abiertos al público o comerciales, si bien no podrá considerarse comercial un museo por el mero hecho de que se supedita el acceso al “pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento”. No considera en cambio el autor que la excepción pueda extenderse analógicamente a otras personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección o promoción del arte, como puedan ser las asociaciones o fundaciones artísticas; y tampoco cree que las Administraciones Públicas puedan quedar equiparadas, por su propia naturaleza, a quien actúa a título privado (p. 14 y n. 14). Respecto a las reventas de museo a museo, considera dudoso que la excepción pueda alcanzar a aquellas en las que intervenga como revendedor –no como comprador– un museo no comercial abierto al público (*ibidem*). Señala R. MACÍÁ BOBES (“El derecho de participación en la reventa de obras plásticas”, en *Diario La Ley*, núm. 7478, Sección Tribuna, 29 de septiembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-288, Editorial La Ley, p. 4) que la categoría de “museo comercial” tiene difícil encaje en nuestro Derecho, ya que las definiciones de museo que se manejan en él (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el sistema británico o en el estadounidense) suelen exigir que se trate de instituciones sin ánimo de lucro.

siderable trascendencia práctica, dado que no es infrecuente que las Administraciones Públicas –con mejor o peor criterio– participen en operaciones de compra o venta de obras de arte originales modernas o contemporáneas y susceptibles, por tanto, de generar el derecho de participación. Naturalmente, el problema no se planteará cuando en la operación intervenga, *además*, un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario, ya que en tal caso es evidente que sí nacerá el crédito de participación⁸⁰; tampoco deberían plantearse dudas, en principio, cuando la adquisición tenga por objeto nutrir los fondos de un museo de titularidad pública, ya que en este caso sería claramente aplicable la excepción relativa a los “museos no comerciales abiertos al público”. La cuestión sería determinar si debe considerarse suficiente, a efectos de activación del derecho de participación, con que una entidad pública aparezca como comprador o vendedor –más difícil parece concebir, *a priori*, que pueda actuar como intermediario⁸¹–, cuando la operación no tenga por finalidad adquirir una obra para un museo público.

La respuesta negativa parecería imponerse si se parte de la base de que, en principio, una entidad pública no puede ser considerada como un profesional del mercado del arte; entre otras razones, porque en este caso faltaría por definición el ánimo de lucro que parece inherente al propio concepto de profesional. Sin embargo, la cuestión resulta menos clara si se atiende, una vez más, a las razones que justifican la exclusión del derecho de participación en las reventas que tienen lugar entre particulares –la imposibilidad práctica de someterlas al imprescindible control–, ya que es evidente que ese control sería, no solo posible, sino perfectamente exigible, en el caso de que interviniera una Administración Pública. En consecuencia, entendemos que en este tipo de supuestos resultaría cuando menos difícil justificar de forma convincente el sacrificio del derecho de los autores a participar en el precio de la reventa.

3. La primera cesión realizada por el autor

34. El crédito de participación se genera como consecuencia de cada una de las reventas del soporte que se realicen “*tras la primera cesión realizada por el autor*” (art. 1 LDP). La norma presupone, por tanto, la existencia de al menos dos transmisiones sucesivas, si bien la formulación utilizada para definir cada una de ellas suscita importantes dudas en cuanto a sus respectivas naturalezas.

35. En lo que se refiere a la primera de las transmisiones, la fórmula utilizada por el legislador plantea el problema de delimitar qué debe entenderse por “*primera cesión realizada por el autor*”⁸². La generalidad de la doctrina coincide en que –pese al equívoco que deriva del uso del término “reventa”⁸³– es reconducible a ese concepto cualquier transmisión del soporte que haya podido realizar el propio autor en vida, no solo por compraventa, sino por cualquier otro título oneroso (dación en pago, contrato de obra, permuta, enajenación forzosa, etc.), o incluso por título gratuito (donación)⁸⁴; y, por supuesto, con

⁸⁰ Vid. un ejemplo en SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), a la que posteriormente nos referimos.

⁸¹ Lo que excluirá normalmente la posibilidad de acudir al inciso relativo a la “*persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado*” (art. 3.1 LDP).

⁸² Sobre los diferentes puntos de vista mantenidos al respecto, vid. CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., pp. 36 y ss., donde advierte (p. 39) la grave inseguridad jurídica que puede generar la ausencia de una interpretación uniforme sobre esta cuestión a nivel europeo.

⁸³ En este dato literal se apoyaba RAMS (*op. cit.* p. 446) para descartar, bajo la vigencia del art. 24 LPI, que pudiera generar el crédito de participación la venta efectuada por quien hubiera adquirido la obra por título distinto de la venta (donación, legado, herencia, permuta, etc.) o la dación en pago; si bien el autor consideraba criticable dicho planteamiento, una vez descartado el sistema de plusvalía.

⁸⁴ En el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 121) no se plantea duda alguna respecto al significado de la norma: “No hay duda de que habrá ‘reventa’ incluso cuando no hubo ‘primera venta’ en el sentido civil de la expresión. Pues es indiferente el título por virtud del que el autor se desprendió de la obra por primera vez”. En el mismo sentido, BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 13), ROCHA (*op. cit.*, p. 171), VICENTE (*op. cit.*, p. 125) y CAAMIÑA (“La Directiva...”, cit., p. 36), quienes, sin embargo, recuerdan que también sobre este supuesto se han planteado dudas. CASAS (“Notas...”, cit., p. 165), tras observar que en este caso no cabe hablar, en puridad, de “reventa”, apunta que, según un punto de vista, en estos supuestos no habría razones para proteger al artista que se desprendió gratuitamente de la obra, aunque añade: “Pero con ello se introduce un factor de confusión. Forzando la interpretación en favor del artista, quizá pudiera resolverse la duda entendiendo que con la palabra ‘reventa’ se alude a toda transmisión onerosa posterior a la primera realizada por aquél por cualquier título *inter vivos* (venta, encargo, donación...)”. En la *ARRR* del Reino Unido (*Reg.* (12) (1)) se afirma expresamente: “*The sale of a work may be regarded as a resale notwithstanding that the first transfer of ownership was not made for a money (or any) consideration*”.

independencia de que dicha transmisión haya tenido lugar con o sin intervención de algún profesional del mercado del arte, ya que este requisito solo sería exigible en las sucesivas reventas. Pero las dudas surgen, ya en una primera aproximación, cuando se trata de determinar si, a la vista de la propia literalidad de la norma, debe entenderse que la activación del derecho de participación presupone necesariamente que esa primera cesión haya sido realizada en vida del autor y por él mismo⁸⁵, lo que excluiría la posibilidad de considerar como tal la transmisión *mortis causa* de la obra a favor de sus propios sucesores.

A nuestro juicio, esta interpretación debe descartarse, ya que llevaría a excluir definitivamente la posibilidad de que los derechohabientes pudieran beneficiarse del derecho de participación en todos aquellos casos en que la obra hubiera permanecido en el patrimonio del autor durante toda su vida, con independencia de que la misma pudiera ser objeto de sucesivas reventas después de su fallecimiento; consecuencia esta que sería radicalmente incompatible con el planteamiento de la Directiva y de la LDP, que inequívocamente han querido que los sucesores del autor pudieran beneficiarse del derecho de participación hasta setenta años después de la muerte de aquel. Piénsese, además, que de este modo se estaría penalizando injustamente a los sucesores de aquellos autores que no hubieran podido transmitir todo o parte de su obra en vida (p. ej., en el clásico supuesto del artista que solo alcanza el éxito después de su muerte, o el del artista que fallece poco después de haber concluido alguna obra)⁸⁶.

36. Si se admite, por tanto, que el derecho de participación ha de considerarse subsistente en beneficio de los sucesores del autor aun cuando este no hubiera llegado a ceder su obra en vida, aún cabe preguntarse si la propia transmisión operada a favor de sus sucesores *mortis causa* deberá ser considerada como “primera cesión” a los efectos que nos ocupan⁸⁷. En otras palabras, si el derecho se activaría ya con la primera venta que realizaran los propios sucesores (puesto que se trataría de una reventa posterior a la primera cesión realizada por el autor... *mortis causa*), o si habría que esperar al momento en que, realizada una primera cesión –onerosa o gratuita– por parte de los sucesores, tuvieran lugar las posteriores “reventas”, lo que supondría tanto como interpretar que el art. 1 LDP hace referencia, en realidad, a las reventas que se realicen “después de la primera cesión realizada por el autor o por sus sucesores *mortis causa*”⁸⁸.

A primera vista parece imponerse esta última solución: de un lado, porque en estos casos la primera transmisión de la obra por los sucesores del autor supondría el ejercicio por parte de los mismos de la facultad de distribución integrada en el propio derecho patrimonial de autor, por lo que carecería de sentido reconocerles, además del derecho a la percepción del precio pactado, un derecho adicional de participación⁸⁹. Por otra parte, lo habitual en estos supuestos será que los titulares del crédito de participación –en cuanto derechohabientes del autor–, coincidan con los sujetos obligados al pago –en cuanto vendedores del soporte–, por lo que tampoco desde este punto de vista se justificaría la activación del derecho⁹⁰.

⁸⁵ En esta línea parece situarse CAAMIÑA (“La Directiva...”, cit., p. 38), para quien la “primera cesión realizada por el autor” que exige la norma debería ser una cesión *inter vivos* realizada por el creador intelectual.

⁸⁶ Explícitamente asume la subsistencia del derecho la SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), para un caso en que el autor había legado a un tercero “*las obras plásticas que pudieran existir en el momento del fallecimiento del testador y que se hallaran en su poder por no haber sido objeto de venta, al igual que los cuadros y objetos de arte que se encontraran en la casa del testador*”. Sobre esta sentencia, vid. *infra*, IV.3.

⁸⁷ En este sentido vid., p. ej., BOTANA (*op. cit.*, pp. 1.472-1.473) cuando señala que “la cesión, pues, ha de comportar una especie de desapoderamiento total del autor y la atribución de la integridad de las facultades dominicales al tercero. Así concebida, la cesión puede ser realizada por el autor mediante diversos negocios jurídicos: venta, permuta, donación, herencia, legado, etc.”.

⁸⁸ Tal como establece expresamente el art. L122-8 del Código francés de la Propiedad Intelectual, que habla de “*toute revente d’une oeuvre après la première cession opérée par l’auteur ou par ses ayants droit*”. En esta línea parecía situarse CASAS (“Notas...”, cit., p. 175) cuando señalaba: “Por supuesto, el *droit de suite* se transmitirá aunque se trate de las obras que el artista tenga en su estudio al fallecer. Hay que tener presente que en este caso, si el adquirente *mortis causa* de la obra la vende, no se tratará de ‘reventa’ sino de ‘primera venta’, por lo que el titular del *droit de suite* –que bien puede ser otro sujeto– todavía no participará en el precio obtenido”. Vid. también BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 375.

⁸⁹ O, lo que es lo mismo, en este caso la venta realizada por el sucesor del autor implicaría la entrada de la obra en el mercado primario, cuando el derecho de participación está pensado para las ventas que se producen en el mercado secundario (CAAMIÑA, “La Directiva...”, cit., p. 38).

⁹⁰ En esta línea se pronuncian VICENTE (*op. cit.*, p. 125), y ROCHA (*op. cit.*, p. 171), para quien, una vez que el heredero sucede en la posición del autor, la primera transmisión realizada por él debería ser considerada como si la hubiera realizado el propio autor, y por tanto no generaría el crédito de participación; más aún teniendo en cuenta que en tal caso el heredero asumiría al mismo tiempo la condición de deudor –en cuanto vendedor– y de acreedor, lo que determinaría la extinción del crédito por confusión.

Sin embargo, las cosas no siempre ocurrirán de esta manera. Ante todo, porque los adquirentes *mortis causa* del soporte de la obra no tienen por qué coincidir con los adquirentes *mortis causa* del derecho de participación⁹¹, por lo que no cabría excluir *a priori* que la venta del soporte realizada por el heredero o legatario del autor pudiera generar el crédito de participación a favor de un sujeto distinto, en cuanto titular *mortis causa* del propio derecho de participación. Además, aunque es cierto que en principio la obligación de pago del crédito de participación corresponde al vendedor (y se detrae del precio de venta), lo cierto es que este esquema puede verse alterado en virtud de pacto, como sucederá, p. ej., en los casos en que se haya pactado la asunción por el comprador del coste adicional que suponga el derecho de participación⁹². En consecuencia, tampoco cabría excluir *a priori* la posibilidad de que, procediéndose a la venta del bien por parte de los titulares del soporte, y siendo ellos mismos titulares del derecho de participación, pudiera reconocérseles el derecho a cobrar del comprador, no solo el precio pactado, sino una cantidad adicional correspondiente al crédito de participación⁹³.

37. En todo caso, la posibilidad de valorar la transmisión *mortis causa* de la obra a los sucesores del autor como primera cesión, a los efectos del derecho de participación, no está exenta de dudas⁹⁴. En el caso de quien recibe la obra a título de legado (o prelegado, en su caso), podría pensarse que, efectivamente, su posición no debe ser sustancialmente distinta, a los efectos que ahora nos ocupan, de la de un donatario, ya que no deja de ser el beneficiario de una “cesión realizada por el autor”, aunque sea en virtud de una disposición *mortis causa*. En este caso, creemos que sería defendible entender que la venta de la obra por parte de quien la recibió del autor a título de legado sí activará el derecho de participación a favor del titular de este, cuando se trate de persona distinta del propio legatario.

38. Más dudoso parece el caso de quien hubiera recibido la obra a título de heredero, en la medida en que su consideración, desde el punto de vista del Derecho de sucesiones, no es exactamente la de un cesionario, sino más bien la de alguien que sustituye al autor en sus relaciones patrimoniales⁹⁵. Las dudas serían aún mayores en el caso del heredero abintestato, puesto que su adquisición difícilmente podría encajar en la noción de “cesión realizada por el autor”. En estos casos, por tanto, cabría defender

⁹¹ Vid. al respecto SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), sobre la que volvemos posteriormente en este mismo apartado. VICENTE (*op. cit.*, p. 102), siguiendo la opinión de RAMS (*op. cit.*, p. 102), opina que, si bien el derecho de participación puede ser objeto de un legado, en principio habría que entender que el legado del soporte no engloba el derecho de participación, por lo que, a menos que haya coincidencia subjetiva en dos legados diferenciables, este último corresponderá a los herederos del autor, y no al legatario del soporte.

⁹² Vid. al respecto el caso que dio lugar a la STJUE (Sala 4ª) de 26 febrero 2015 (*TJCE.* 2015/7), cuyo examen se aborda *infra*, VI.

⁹³ Aunque desde el punto de vista estrictamente jurídico esta posibilidad no parece fácilmente asumible, en la medida en que el diseño normativo del *droit de suite* tiende a concebir el importe de este como una cantidad que ha de detraerse del precio de venta, lo cierto es que desde un punto de vista económico la cuestión resulta menos clara. Téngase en cuenta, en efecto, que si el vendedor sabe que una parte del precio acordado habrá de destinarse a satisfacer el crédito de participación, tenderá a negociar un precio más elevado, mientras que si el comprador cuenta con que, en virtud de lo pactado, habrá de asumir un coste adicional correspondiente al mismo crédito, tenderá a negociar un precio más reducido; de tal manera que, en la práctica —e insistimos, desde un punto de vista económico—, será dudoso que pueda apreciarse algún tipo de enriquecimiento indebido en el vendedor que, con arreglo a lo pactado, recibe, además del precio de venta, la cantidad correspondiente al crédito de participación. Sobre esta perspectiva, vid. MAGRI, *op. cit.*, ap. 4.

⁹⁴ Sí existe una solución clara en el Reino Unido, donde la *ARRR* aborda directamente la cuestión en la Reg. (3) (5): “For the purposes of paragraph (1), “transfer of ownership by the author” includes in particular— (a) transmission of the work from the author by testamentary disposition, or in accordance with the rules of intestate succession; (b) disposal of the work by the author’s personal representatives for the purposes of the administration of his estate; and (c) disposal of the work by an official receiver (or, in Northern Ireland, the Official Receiver for Northern Ireland) or a trustee in bankruptcy, for the purposes of the realisation of the author’s estate”.

⁹⁵ Con arreglo a las normas generales del Derecho de sucesiones —aplicables a la transmisión *mortis causa* del derecho de participación en el ámbito de la ley española— la cualidad de heredero que se adquiere en virtud de la aceptación es el título que justifica la entrada de aquel en la titularidad de las diferentes situaciones jurídicas transmisibles (derechos y obligaciones) que integran el patrimonio del causante. No supone, por el contrario, la atribución al heredero de un título de adquisición autónomo sobre la masa hereditaria, distinto del que correspondía a su causante sobre cada uno de los bienes integrados en ella; lo que tiene su corolario en la improcedencia de considerar el título *pro herede* (y, llevando más lejos el argumento, la propia partición hereditaria) como justo título a efectos de la usucapión ordinaria; a diferencia de lo que ocurre con el legado, que sí atribuye al legatario un título autónomo para adquirir por usucapión ordinaria.

que la transmisión *inter vivos* de la obra por parte del heredero o herederos, ya fuera a título oneroso o gratuito, habría de ser considerada como “primera cesión” a los efectos del art. 1 LDP; en consecuencia, esa transmisión no sería apta para activar el derecho de participación aun cuando tuviera lugar por título de venta, y ello con independencia de que la titularidad de este derecho correspondiera a otro sujeto (p. ej., un legatario), y con independencia también de que la obligación de pago hubiera sido asumida en virtud de pacto por un tercero distinto del propio heredero vendedor (p. ej., el comprador). Es evidente, en cambio, que una vez realizada esa primera cesión, ya fuera onerosa o gratuita, sí generarán el crédito de participación las posteriores reventas.

39. Por lo demás, la aplicación de los criterios expuestos debería llevar también a entender que la transmisión de la obra a los sucesores *mortis causa* del propio heredero solo podría ser considerada como “primera cesión” a los efectos del art. 1 LDP cuando tuviera lugar por vía de legado –o prelegado–, y no cuando tuviera como destinatarios a los herederos del heredero.

40. La cuestión que nos ocupa fue precisamente la que dio lugar a la SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), en la que se planteaba la posibilidad de considerar como reventa, a los efectos del derecho de participación, la venta de un conjunto de obras plásticas realizada a favor de un Ayuntamiento por los herederos de quien había sido, a su vez, legatario del autor. El Tribunal se decanta por la solución afirmativa, considerando que, con arreglo a las normas que regulaban este derecho en aquel momento (art. 14 *ter* del Convenio de Berna, art. 24 TRLPI y Directiva 2001/84), el concepto de reventa debe entenderse referido a cualquier transmisión a título oneroso (siempre que se realice en pública subasta o en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil) que tenga lugar después de la primera cesión de la obra realizada por el autor, con independencia de que esta última sea a título gratuito u oneroso. El Tribunal considera igualmente que esa primera cesión puede tener lugar por acto *inter vivos* o *mortis causa*, si bien no llega a resolver si habría de tratarse de una transmisión por vía de legado, o si también podría incluirse la transmisión por vía de herencia, dado que, en el caso concreto, se habían producido sucesivamente ambos tipos de transmisión:

“En la segunda alegación del recurso se impugna que la compraventa celebrada el día 10 de octubre de 1997 pueda ser calificada como “reventa” a los efectos del derecho de participación previsto en el artículo 24 TRLPI porque las dos transmisiones anteriores fueron a título gratuito (legado del autor a favor de Don Vicente y posterior adquisición a título de herencia por los que vendieron las obras plásticas el día 10 de octubre de 1997) y porque no puede aplicarse retroactivamente la Directiva 2001/84, de 27 de septiembre.

Hemos de partir de que sobre el conjunto de las obras plásticas denominado “La Colección” se produjeron tres transmisiones: 1) transmisión a título de legado del autor a favor de Don Vicente; 2) transmisión a título de herencia a favor de los herederos del legatario; 3) compraventa realizada por los herederos a favor del Ayuntamiento de Alicante de fecha 10 de octubre de 1997 en la que intervino la mercantil demandada como mediadora. Como observamos, las dos primeras transmisiones fueron a título gratuito y, únicamente, la tercera, es a título oneroso.

La Sala comparte la conclusión del Juzgador de instancia sobre que el término “reventa” comprende las ventas posteriores a la primera cesión realizada por el autor pues es la que mejor se adecua a la finalidad de este derecho consistente en garantizar a los autores de las obras plásticas una participación económica en el éxito de sus obras y se corresponde con el significado que se desprende del artículo 14 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 (“ventas posteriores a la primera cesión operada por el autor”) y el artículo 1 de la Directiva 2001/84/CEE, de 27 de septiembre de 2001 (“porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor”).

En definitiva, la “reventa” prevista en el artículo 24 TRLPI se refiere a cualquier transmisión a título oneroso realizada después de la primera cesión (a título oneroso o gratuito) realizada por el autor, siempre que la enajenación sea en pública subasta o en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil.

Es cierto que esa Directiva no estaba en vigor en el momento de la compraventa pero es indudable su función interpretativa y, en ningún caso, cabe alegar la falta de aplicación del Convenio de Berna que también mantiene la interpretación anteriormente expuesta”.

4. La “reventa” de la obra: naturaleza del negocio que genera el crédito de participación

41. En cuanto al sentido que ha de darse al término “reventa”, y dejando al margen los restantes requisitos específicos exigidos por la norma para la generación del crédito de participación (en cuanto a los sujetos intervinientes, precio mínimo, etc.), es evidente que quedan fuera las transmisiones *mortis causa* o a título gratuito, así como las meras cesiones de uso; las principales dudas tienen que ver, en cambio, con la posibilidad o no de reconducir a ese concepto, no solo las ventas en sentido estricto (entre ellas, naturalmente, las que deriven de la celebración de subastas de carácter privado⁹⁶), sino también otras formas de transmisión a título oneroso⁹⁷. La trascendencia práctica de la cuestión es clara, teniendo en cuenta que no es infrecuente que las obras de arte sean objeto de negocios tales como la permuta (p. ej., entre coleccionistas) o la dación en pago⁹⁸; además, en este punto habrá de analizarse igualmente si la activación del derecho de participación debe vincularse también a los supuestos de enajenación forzosa que tengan por objeto obras de arte originales.

42. En una primera aproximación, resulta incuestionable que las razones de fondo que justifican el reconocimiento del derecho de participación en los casos de “reventa” propiamente dicha concurren también en supuestos como los apuntados. Tampoco debe olvidarse que en este ámbito, como en otros, cabrá siempre el recurso a la doctrina del fraude de ley (art. 6.4 CC) para impedir que el derecho del autor pueda verse indebidamente eludido mediante la celebración de negocios distintos de la compraventa. Sin embargo, entendemos que a la hora de abordar esta cuestión no se puede perder de vista que la concreta configuración que actualmente asume el derecho de participación responde también a la necesidad de articular un sistema eficaz y económico para la gestión, recaudación y pago del derecho, aun a costa de poner en cuestión la consecución de los fines que justifican en abstracto la propia existencia del derecho. Y así, de la misma manera que son consideraciones de carácter eminentemente práctico las que justifican el establecimiento de un umbral mínimo o la exigencia de intervención de profesionales del mercado del arte, sería legítimo pensar que el legislador ha querido conscientemente limitar el juego del derecho de participación a los supuestos de reventa en sentido estricto, ya que solo en ellos se dan las circunstancias adecuadas para que el mismo pueda operar sin un nivel excesivo de complejidad y sin costes adicionales⁹⁹.

En efecto, en el caso de negocios tales como la permuta¹⁰⁰ o la aportación social, la falta de un precio que pudiera servir de base para la cuantificación del crédito de participación obligaría a contar con algún sistema de tasación que, inevitablemente, introduciría mayores costes y complejidades en la dinámica propia del derecho de participación (que, además, podrían generarse doblemente en caso de permuta de una obra de arte por otra). Con mayor facilidad podría concebirse la activación del derecho

⁹⁶ Reguladas en los arts. 56 a 61 de la Ley 7/1996, de 7 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE. núm. 15, de 17 de enero de 1996).

⁹⁷ Opinión sostenida por un amplio sector de la doctrina, tal como recuerda CAAMIÑA (“La Directiva...”, cit., p. 39), aun reconociendo que fuera de los supuestos de venta la aplicación del derecho se hace más compleja (vid., p. ej., CASAS, “Notas...”, cit., p. 165). En la jurisprudencia, la citada SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (JUR. 222242) se pronuncia expresamente a favor de esta interpretación amplia, si bien la cuestión no era decisiva para la resolución del caso.

⁹⁸ Cabe recordar, por ejemplo, que la legislación tributaria contempla expresamente la posibilidad de que el deudor pueda recurrir a la dación de bienes del Patrimonio Histórico Español que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General en pago de la deuda tributaria (cfr., entre otros preceptos, art. 73 de la Ley 16/1985, de 25 de julio, del Patrimonio Histórico Español, y art. 40 del Reglamento General de Recaudación (RGR), aprobado por RD 939/2005, de 29 de julio). Sobre el tema, vid. LL. PEÑUELAS I REIXACH, *El pago de impuestos mediante obras de arte y bienes culturales*, ed. Marcial Pons, 2001, *passim*. Téngase en cuenta que entre los bienes a los que se refieren las normas citadas pueden encontrarse también obras cuya reventa esté sujeta al derecho de participación: conforme al art. 9.4 LPHE, incluso la obra de un autor vivo puede ser declarada como bien de interés cultural si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración.

⁹⁹ En este sentido, ROCHA, *op. cit.*, pp. 171-172.

¹⁰⁰ Supuesto este que sí contempla expresamente el art. 986 del Código Civil de California (apartado (b) (5)). La viabilidad del derecho de participación en los casos de permuta es admitido, por ejemplo, por BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 375), quien entiende que en tal caso habrá que estimar el precio de mercado de la cosa adquirida a cambio. En cambio, BOTANA (*op. cit.*, p. 1.472) entiende que no cabe incluir en el concepto de “reventa” los supuestos de permuta; opinión que ya había mantenido RAMS (*op. cit.*, p. 446), con referencia al art. 24 LPI.

de participación en los supuestos de dación en pago de obras de arte, no solo por la marcada tendencia que existe en nuestro ordenamiento a aproximar su régimen al de la compraventa, al menos en ciertos aspectos (cfr. art. 1521 CC, a propósito de los retractos legales), sino también porque en estos casos el importe que habría de servir de base para el cálculo del crédito de participación vendría dado, sin necesidad de tasación alguna, por la cuantía de la deuda llamada a extinguirse (al menos, cuando se tratara de una deuda pecuniaria)¹⁰¹; adviértase, no obstante, que también en este caso la falta de un precio efectivo dificultaría la aplicación de buena parte de las previsiones relativas a la gestión y recaudación del derecho de participación (p. ej., en lo que se refiere al cumplimiento, dentro de los estrictos plazos previstos por la ley, de los deberes que se imponen a los profesionales intervinientes en materia de información, documentación, notificación, retención, depósito y pago del crédito de participación).

43. Mención aparte merece el caso de las enajenaciones forzosas derivadas de subastas judiciales o administrativas, respecto de las cuales el actual silencio legal deja abierta la cuestión de si deben o no generar el derecho de participación del autor. Como vimos, el art. 2.2.1 del RD 1434/1992, por el que se desarrollaba el art. 24 LPI, excluía expresamente el derecho de participación en estos casos, si bien la norma fue cuestionada –al margen del tema de fondo– por falta de la necesaria cobertura legal¹⁰². Quizá por ello –y más aún teniendo en cuenta el silencio de la Directiva al respecto– la vigente LDP no hace ninguna salvedad sobre las enajenaciones forzosas¹⁰³.

La cuestión puede tener mayor trascendencia práctica de lo que a primera vista pudiera pensarse, ya que, si se admite la equiparación de las enajenaciones forzosas a la venta propiamente dicha de obras de arte, no resultaría inverosímil la concurrencia de los otros requisitos exigidos para el nacimiento del crédito de participación. En lo que se refiere, singularmente, a los sujetos intervinientes en la operación, no será infrecuente que la condición de profesional del mercado del arte concorra en el propio ejecutado o en el adjudicatario de la obra, como tampoco lo será que se pueda apelar a la intermediación de algún profesional del sector en la operación, habida cuenta de que precisamente en este ámbito será habitual el recurso a la enajenación a través de personas o entidades especializadas (art. 641 LEC)¹⁰⁴.

44. La opinión favorable a la aplicación del derecho de participación en estos supuestos se basa, ante todo, en la tradicional equiparación que amplios sectores de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han venido estableciendo entre las ventas voluntarias y las enajenaciones forzosas (p. ej., una vez más, en el ámbito de los derechos de adquisición preferente¹⁰⁵), y en la idea de que la exclusión del dere-

¹⁰¹ VICENTE, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰² CASAS (“El derecho...”, *cit.*, pp. 118-119), para quien la exclusión no tenía razón de ser, “salvo que se haya querido eximir a juzgados y administraciones de los deberes impuestos a quienes intervienen en las reventas”. También criticaba el precepto por esta causa BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 376-377), quien reconocía sin embargo que la doctrina internacional ponía en duda la aplicación del derecho en el caso de ejecuciones y procedimientos concursales. En sentido divergente se pronunciaban, respecto al art. 24 LPI, autores como ESPÍN CÁNOVAS (*op. cit.*, p. 123), para quien el motivo más razonable para excluir este tipo de enajenaciones había de situarse en la preferencia del derecho que da lugar a la ejecución sobre el patrimonio del deudor; o RAMS (*op. cit.*, p. 446), que consideraba aplicable la exclusión también a las ejecuciones de garantías prendarias constituidas sobre una obra de arte (cfr. art. 54.1 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, de 16 diciembre 1954).

¹⁰³ Entiende BERCOVITZ, a la vista de la Directiva (“La Directiva...”, *cit.*, p. 13 y n. 12), que no cabe excluir del concepto de reventa “los supuestos de ventas forzosas realizadas a través de subastas, judiciales o de otro tipo, siempre que intervengan como vendedores o compradores profesionales del mercado del arte, o que se realicen sirviéndose de salas dedicadas a tales subastas de arte. No parece pues que pueda mantenerse la exclusión (ya cuestionada por la doctrina por su posible falta de cobertura legal, habida cuenta del tenor literal del art. 24.1 LPI, que incluye a toda reventa ‘en pública subasta’) de tales ventas establecida por el art. 2.1, párr. 2º, del RD 1434/1992”. En el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 122) se apunta que hubiera sido conveniente aclarar que el ámbito de aplicación del derecho se extiende a cualesquiera reventas que reúnan las características previstas, “tanto si son enajenaciones voluntarias como si son forzosas (subastas judiciales o administrativas)”. La activación del derecho de participación en las enajenaciones forzosas derivadas de subastas judiciales aparece reconocida por el art. R122-9, ap. I del CPI francés, cuando señala: “*En cas de vente d’une oeuvre originale graphique ou plastique aux enchères publiques, le professionnel du marché de l’art responsable du paiement du droit de suite est, selon le cas, la société de ventes volontaires ou le commissaire-priseur judiciaire*”.

¹⁰⁴ Vid. también, p. ej., art. 105 del RGR, que prevé la posibilidad de que la ejecución del embargo se lleve a cabo mediante subasta realizada a través de empresas o profesionales especializados.

¹⁰⁵ En la actualidad se sigue manteniendo sin fisuras la doctrina jurisprudencial que equipara las enajenaciones forzosas

cho de participación en estos casos implicaría un sacrificio injustificado del interés del autor. A nuestro juicio, sin embargo, existen más y mejores argumentos en contra de esta interpretación, y que aconsejarían excluir el juego del derecho de participación en las enajenaciones forzosas. Téngase en cuenta, ante todo, que la mencionada equiparación entre ventas voluntarias y enajenaciones forzosas, aun cuando, ciertamente, haya sido afirmada por nuestros Tribunales en múltiples ocasiones, suscita importantes y justificadas dudas en autorizados sectores doctrinales, que niegan abiertamente la posibilidad de identificar en las segundas la base negocial que caracteriza esencialmente a las primeras¹⁰⁶. Si se atiende al fundamento mismo del derecho de participación, puede resultar igualmente discutible que se considere el embargo y ejecución de una obra de arte como una manifestación del “mercado secundario del arte”, a efectos de que el autor pueda derivar una participación en los beneficios derivados del mismo.

45. Pero, a nuestro juicio, el argumento decisivo en contra de la aplicación del derecho de participación en estos casos reside en que el recurso a la enajenación forzosa de bienes encuentra su justificación en la necesidad de tutelar de forma prioritaria al acreedor ejecutante, que aparece sancionada de forma especialmente clara en nuestra legislación procesal. Véase, en este sentido, el art. 613 LEC, que en sus dos primeros apartados afirma: “1. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución. 2. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho”. El art. 654.1 LEC, por su parte, añade: “1. El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, se retendrá el remanente a disposición del tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que, finalmente, se deba al ejecutante y del importe de las costas de la ejecución”.

A la vista de los preceptos citados, resulta difícil entender cómo podría hacerse encajar el régimen propio del derecho de participación en el procedimiento de ejecución sin distorsionar el propio funcionamiento de este y sin poner en riesgo los fines que le son propios (sin que, por otra parte, pudiese garantizarse la efectividad del propio derecho de participación). Conforme al citado art. 613.2, resulta claro que el precio de remate debe destinarse de forma prioritaria a satisfacer el crédito del acreedor ejecutante, sin que pueda justificarse en modo alguno la satisfacción preferente del crédito de participación o la previa retención de la parte correspondiente al mismo. Téngase en cuenta, en este sentido, que el *droit de suite*, en su actual configuración legal, se concreta inequívocamente en un derecho de crédito a favor del autor o de sus causahabientes¹⁰⁷, y no en un derecho real o en una especie de afección real sobre la obra o sobre su valor, por lo que no tendría sentido proyectar sobre el precio de remate una especie de “derecho de separación” a favor del autor por la parte correspondiente al derecho de participación. En consecuencia, la satisfacción preferente de este solo podría obtenerse, conforme a las reglas generales, a través del ejercicio de la correspondiente tercería de mejor derecho, si bien no parece que el titular del crédito pudiera hacer valer a estos efectos ningún tipo de preferencia o privilegio crediticio¹⁰⁸. Desde el

realizadas en subasta judicial o administrativa a las ventas voluntarias a efectos precisamente del retracto legal, por entenderse que, con independencia de que en estos casos pueda o no hablarse de una venta en sentido propio, también en ellos concurren las razones que justifican la atribución legal de la preferencia adquisitiva. En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS de 25 mayo 2007 (R.J. 3127), 5 junio 2008 (R.J. 3208) y 22 julio 2013 (R.J. 5006), y, respecto a las enajenaciones derivadas de apremio administrativo, SSTS de 28 junio 2003 (R.J. 4267) y 14 diciembre 2007 (R.J. 8929).

¹⁰⁶ En este sentido, vid. los recientes trabajos de M. ESPEJO LERDO DE TEJADA (*La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 222 y ss.), y J. P. MURGA FERNÁNDEZ (*Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 216 y ss., y p. 444), donde se cuestiona la aplicabilidad a las enajenaciones forzosas del sistema transmisivo basado en la necesaria concurrencia de título y modo (reiteradamente afirmada por la jurisprudencia; por todas, SSTS de 18 marzo 2009, R.J. 1653, y 21 enero 2014, R.J. 2498), poniendo en duda, con razón, la propia naturaleza contractual de tales transmisiones, y entendiendo que la determinación del momento en que se produce el efectivo traspaso de la propiedad a favor del adjudicatario debe ser resuelta atendiendo a las normas procesales que regulan específicamente estos supuestos.

¹⁰⁷ Por todos, ROCHA, *op. cit.*, p. 158; VICENTE, *op. cit.*, p. 73; y RAMS, *op. cit.*, pp. 443 y 448.

¹⁰⁸ El art. 91.3 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, BOE. núm. 164, de 10 de julio), únicamente reconoce al propio autor un privilegio general que alcanza a los créditos por cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de

punto de vista sustancial, además, sería difícil justificar que, previamente a la satisfacción del ejecutante, hubiera de procederse a descontar el crédito de participación de un precio de remate que habitualmente será más reducido que el de mercado.

46. Las consideraciones expuestas, obviamente, no excluyen por sí mismas que la enajenación forzosa pudiera generar el crédito de participación a favor del autor y a cargo del deudor ejecutado –en cuanto este vendría a asumir la posición de vendedor, y por tanto la de deudor principal de la obligación de pago–, aun cuando su importe no pudiera detraerse con carácter preferente del precio de remate: una vez garantizada la satisfacción del acreedor ejecutante, en efecto, el crédito de participación podría hacerse efectivo, en su caso, sobre el remanente del precio de remate, o sobre otros bienes pertenecientes al patrimonio del ejecutado. Pero, al margen del alcance que esta posibilidad pudiera tener en la práctica, tampoco resulta fácil entender cómo podrían articularse en el marco del procedimiento de ejecución, sin distorsionarlo gravemente, las diferentes obligaciones que derivan de la LDP en lo relativo a la gestión, recaudación y pago del derecho de participación. Como hemos visto, la necesidad de atender con carácter preferente al pago del acreedor ejecutante vendría a excluir, en la práctica, la posibilidad de que los profesionales intervinientes en la operación pudieran practicar la retención, depósito y pago del importe correspondiente al crédito de participación con cargo al precio de remate; se opondría a ello lo dispuesto por el art. 641.4 LEC en su primer inciso, cuando, a propósito de la enajenación a través de personas o entidades especializadas, precisa: *“Tan pronto como se consume la realización de los bienes se procederá por la persona o entidad correspondiente a ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad obtenida, descontando los gastos efectuados y lo que corresponda a aquéllas por su intervención”*. Tampoco parece, en fin, que en estos casos tuviera sentido afirmar, conforme al art. 10 LDP, la responsabilidad solidaria del adjudicatario que tuviera la condición de profesional del mercado del arte, o la de las personas o entidades especializadas que hubieran intervenido en la enajenación conforme a la LEC.

V. Titulares del derecho de participación

47. El art. 2.1 LDP atribuye el derecho de participación al autor de la obra durante toda su vida (recuérdese que se trata de un derecho intransmisible por acto *inter vivos*) y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento de aquel. De acuerdo con las previsiones de la Directiva (art. 7), el art. 2.2 reconoce el derecho de participación a los autores españoles, a los nacionales de otros Estados miembros de la UE (por aplicación del principio de no discriminación¹⁰⁹), y, haciendo uso de la opción reconocida por la propia Directiva, a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España (cfr. art. 163 TRLPI). Respecto a los nacionales de terceros países que no tengan residencia habitual en España, el reconocimiento del derecho de participación viene supeditado al principio de reciprocidad (en línea con lo previsto en el Convenio de Berna), de tal manera que solo se dará *“cuando la legislación del país de la nacionalidad del autor reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes”*¹¹⁰. En cualquier caso, y por aplicación del principio de territorialidad, los autores protegidos con arreglo a los criterios expuestos solo podrán reclamar el derecho de participación conforme a la Ley española respecto a las ventas que,

propiedad intelectual devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso. Sin embargo, y al margen de que la norma no es aplicable fuera del ámbito estrictamente concursal, es evidente que el crédito de participación no puede considerarse como un “crédito por derechos de explotación de la obra”.

¹⁰⁹ Cdo. (6) de la Directiva, que se remite al art. 12 del Tratado, desarrollado en la sentencia de 20 octubre 1993 en los asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92 (Phil Collins y otros). En otros ordenamientos el derecho se extiende también a los autores nacionales de Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo (p. ej., *Reg. (10) (3) (a) ARRR*), y art. L122-8 del *CPI* francés).

¹¹⁰ Según el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 130), la atención que presta la Directiva a los posibles beneficiarios de terceros países se explica en la medida en que se considera “una pieza importante de cara a una posible expansión del derecho más allá de la Unión Europea”.

conforme a los criterios aplicables en función de la modalidad de contratación utilizada (venta ordinaria, venta a distancia, venta por vía electrónica, etc.), deban considerarse celebradas en España¹¹¹.

48. A los casos de pluralidad de autores de una misma obra se refiere el art. 7.4 LDP; ubicación extraña, puesto que se trata del artículo que regula el papel de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en relación con el derecho de participación, pero reveladora de que el propio legislador da por sentado que, en la práctica, lo más habitual será que los titulares del derecho de participación reciban el importe correspondiente a través de esas entidades, y no directamente de los sujetos obligados al pago. En el citado precepto se dispone que, “*cuando el derecho de participación se refiera a una obra creada por dos o más autores, su importe se repartirá por partes iguales entre los autores de dicha obra, salvo pacto en contrario*”. La norma procede del art. 3.3 del RD 1434/1992, que fue criticada por la doctrina¹¹², en la medida en que, sin la necesaria cobertura legal, venía a establecer un criterio de distribución no del todo coincidente con el que utiliza el TRLPI con carácter general para las obras realizadas en colaboración: según el art. 7.4 de esta última norma, los derechos de propiedad intelectual sobre las obras realizadas en colaboración corresponderán a todos los autores en la proporción que ellos determinen, aplicándose subsidiariamente las normas del CC sobre la comunidad de bienes, que a su vez establecen la regla de igualdad en las cuotas salvo prueba en contrario (art. 393). Dado que en la actualidad no cabe reprochar a la norma la falta de rango legal, parece que la solución más razonable será aproximar en lo posible la interpretación del art. 7.4 LDP a las reglas generales del art. 7.4 TRLPI, entendiendo que, a falta de pacto expreso o tácito, la presunción de igualdad de partes que establece el primero es solo *iuris tantum*.

49. La Directiva impone la necesidad de extender el derecho de participación a los derechohabientes del autor después de la muerte de este y durante el plazo de duración de aquel (art. 6.1). No obstante, a la hora de determinar a quién ha de corresponder la titularidad del derecho en tal caso se apela al principio de subsidiariedad (en tanto en cuanto las diferencias existentes no tienen por qué afectar al funcionamiento del mercado interior) para rechazar la conveniencia de incidir sobre el Derecho de sucesiones de los Estados miembros (cdo. (27)), que, por consiguiente, son libres para determinar a qué personas o entidades ha de reconocerse la condición de titulares o beneficiarios del derecho de participación tras la muerte del autor¹¹³. Y así, mientras en países como Alemania, Bélgica, Luxemburgo o España se ha optado por someter el *droit de suite* al régimen sucesorio general, en otros se han formulado reglas sucesorias especiales, en aspectos tales como la exclusión de la sucesión subsidiaria del Estado en be-

¹¹¹ Como señala ROCHA (*op. cit.*, p. 158), de acuerdo con el principio de territorialidad el autor español solo podrá ejercer el derecho respecto a las reventas ocurridas en España; en esta línea, el art. R122-2 del *CPI* francés exige, para la activación del *droit de suite*, que la reventa tenga lugar en territorio francés o quede sujeta en él al impuesto sobre el valor añadido. El mismo principio fue aplicado por el Tribunal Supremo alemán en el conocido caso de las obras del pintor Joseph Beuys vendidas en 1989 en Christie's después de que la filial alemana de la propia empresa de subastas hubiera llegado a un acuerdo con el reventador alemán para que las obras fueran transportadas a Londres y vendidas allí. En su sentencia de 16 junio 1994 (https://www.jurion.de/urteile/bgh/1994-06-16/i-zr-24_92/), el Tribunal alemán entendió que los elementos relevantes de la venta habían tenido lugar en el Reino Unido y que, por tanto, la entidad alemana de gestión (*Bild-Kunst*) no podía reclamar –en interés de la viuda y heredera del pintor– ningún derecho de participación, ya que por entonces este derecho no había sido reconocido en el Reino Unido. No obstante, como apunta JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 132) si es posible, por ejemplo, que una entidad de gestión española reclame ante un Tribunal francés el derecho de participación reconocido por la ley española por una reventa realizada en España si, por ejemplo, el marchante demandado tiene su domicilio en Francia, ya que la legitimación de esas entidades se rige por la ley rectora del fondo (*lex loci protectionis*), mientras que la capacidad procesal será la establecida por el Derecho del foro. Sobre las dificultades que para la consecución del propio objetivo de armonización perseguido por la Directiva genera el hecho de que esta no haya establecido ningún criterio armonizado en materia de normas de conflicto, vid. M. WELLER, “*Droit de suite: The Applicable Law in Cross-Border Resales of Works of Art under Directive 2001/84/EC*”, en *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 3/2006 (<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2006/3/weller.htm>).

¹¹² ROCHA, *op. cit.*, p. 159; BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 379; y ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 127, para quien “el fundamento de la regla (...) parece residir más en dificultades de prueba que en una justificación intrínseca”.

¹¹³ Sobre los diferentes modelos adoptados al respecto en los distintos sistemas jurídicos, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor (STJUE de 15 abril 2010, Caso *Fundación Gala-Salvador Dalí*)”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), vol. 4, nº 1, p. 241, y JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 125.

neficio de entidades vinculadas a la protección del arte (Dinamarca, Finlandia, Italia¹¹⁴), o mediante la admisión únicamente de aquellas disposiciones testamentarias que tengan como beneficiarios a ciertos sujetos, como sucede en el Reino Unido¹¹⁵, o en Francia, donde tradicionalmente se ha tratado de garantizar que el *droit de suite* fuera atribuido a los miembros de la familia próxima del autor, en lo que se suele interpretar como una reminiscencia del sentido asistencial, familiar y alimenticio que este derecho tuvo en sus orígenes, pero que hoy se tiende a superar por no ser coherente con las reglas generales que operan en materia de derechos de autor¹¹⁶.

50. Precisamente, la compatibilidad con la Directiva de las normas francesas que regulan la sucesión *mortis causa* del derecho de participación fue el problema que se suscitó en la conocida STJUE (Sala 3ª) de 15 abril 2010 (Asunto C-518/08) (TJCE. 2010/104), que, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por los Tribunales franceses, estableció que la Directiva no se opone a una disposición de Derecho interno que reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos legales del artista, con exclusión de los herederos y legatarios testamentarios.

El caso tiene su origen en la demanda presentada ante el *Tribunal de Grande Instance* de París por VEGAP y por la Fundación Gala-Salvador Dalí contra ADAGP (*Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques*), entidad encargada en Francia de gestionar los derechos de los artistas plásticos y gráficos¹¹⁷. Como es sabido, el pintor Salvador Dalí, fallecido en 1989, había designado en su testamento otorgado en septiembre de 1982 al Estado español como “heredero universal e incondicional de todos sus bienes, derechos y creaciones artísticas”. Aceptada la herencia, el Ministerio de Cultura español delegó la administración y explotación de los derechos a la Fundación Gala-Salvador Dalí, constituida en 1983 y de nacionalidad española. La Fundación, a su vez, designó en 1997 a VEGAP como mandataria para la gestión y ejercicio de los derechos del autor, con carácter exclusivo y a nivel mundial. En virtud del contrato suscrito entre VEGAP y ADAGP, esta última entidad asumió desde el 17 de octubre de 1997 el encargo de gestionar y recaudar esos derechos en Francia. Sin embargo, entre los derechos efectivamente abonados por ADAGP a la Fundación a través de VEGAP no se incluyeron los importes correspondientes al derecho de participación, que ADAGP pagaba directamente a los herederos legales del pintor (cinco parientes colaterales del mismo) por aplicación de lo previsto en la ley francesa (art. L123-7 *CDP*), que por entonces privaba de toda eficacia a las posibles disposiciones testamentarias que afectaran al *droit de suite*. La demanda tenía por objeto reclamar el pago de dichos importes, apelando al Derecho español para justificar que la titularidad del derecho de participación debía ser reconocida a la Fundación y no a los herederos legales del pintor. El Tribunal francés decidió entonces plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial con objeto de que este determinase si es o no conforme a la Directiva

¹¹⁴ En Italia (art. 149 del *CDA*), el derecho de participación se atribuye a los herederos según las normas del *Codice civile*; pero, en defecto de sucesores dentro del sexto grado, se atribuye al *Ente Nazionale di Previdenza e Assistenza* (ENAP) para los pintores, escultores, músicos, escritores y autores dramáticos para sus propios fines institucionales.

¹¹⁵ *Reg. (9) ARRR*, que solo admite aquellas disposiciones testamentarias que tengan como beneficiarios a personas físicas o a ciertas instituciones de caridad.

¹¹⁶ PFENNIG, “El derecho...”, cit., p. 29; JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 125-126. Hasta fechas recientes, el art. L123-7 del *CPI* francés establecía: “Après le décès de l’auteur, le droit de suite mentionné à l’article L122-8 subsiste au profit de ses héritiers et, pour l’usufruit prévu à l’article L123-6, de son conjoint, à l’exclusion de tous légataires et ayants cause, pendant l’année civile en cours et les soixante-dix années suivantes”. La constitucionalidad de dicha norma fue confirmada por la Decisión del Consejo Constitucional n° 2012-276 QPC, de 28 septiembre 2012 (*JORF*. n° 0227, de 29 septiembre 2012, p. 15376), en la que se rechazaba que la misma fuera contraria al principio de igualdad ante la ley, por responder a la finalidad legítima de proteger especialmente a los familiares del autor tras su muerte. No obstante, la norma planteó, al parecer, algunos problemas aplicativos (BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 354; y ESPÍN ALBA, *op. cit.*, p. 450, quien recuerda la dificultades que generaba, por ejemplo, para las llamadas “fundaciones de autor”). Quizá por ello el art. L123-7 *CPI* ha sido finalmente modificado por Ley n° 2016-925, de 7 de julio, que, sin perjuicio de la reserva de derechos a favor de los descendientes y del cónyuge no divorciado del autor, permite a este disponer por legado del derecho de participación; en ausencia de heredero o legatario, el derecho se atribuye al legatario universal o, en su defecto, al titular del derecho moral de autor. Además, se introduce la posibilidad de que, en defecto de sucesores *mortis causa*, o en tanto estos no sean identificados, se pueda designar como beneficiaria del derecho de participación a una entidad de gestión colectiva, que deberá destinar las cantidades percibidas a los fines de previsión social definidos por la norma.

¹¹⁷ Sobre este caso, vid. especialmente CAAMIÑA, “Los beneficiarios...”, cit., pp. 234 y ss., y JIMÉNEZ BLANCO, “La sucesión de Dalí...”, cit., pp. 123 y ss.

una disposición de Derecho interno por la que se reserve el derecho de participación, una vez fallecido el autor, a sus herederos legales.

51. Es interesante observar que, si bien el TJUE no entra en el fondo del asunto –limitándose a confirmar la compatibilidad de la norma francesa con la Directiva– sí advierte que, a los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al art. 6.1 de la Directiva, incumbe al Tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación. La apreciación ha sido interpretada como un reflejo de las dudas que al Tribunal comunitario le planteaba la interpretación de los Tribunales franceses conforme a la cual el Derecho aplicable para la resolución de la cuestión de fondo (la sucesión *mortis causa* del derecho de participación) debía ser, precisamente, el Derecho francés, y no el español¹¹⁸. Efectivamente, tras la sentencia del TJUE los Tribunales franceses hubieron de entrar de nuevo en el fondo del asunto, resolviendo previamente el problema relativo al Derecho aplicable; y, finalmente, el Tribunal de *Grande Instance* de París, en sentencia de 8 de julio de 2011, declaró que el derecho de participación existe en el momento de la apertura de la sucesión y que, por tanto, el Derecho nacional aplicable a la sucesión es el que debe determinar los beneficiarios del derecho, por lo que en este caso debía considerarse como tal al Estado español, tal como habían sostenido la Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP¹¹⁹.

52. La ley española ha optado por no establecer ninguna norma o limitación especial a la hora de determinar quiénes han de ser considerados como derechohabientes del autor tras el fallecimiento de este¹²⁰, por lo que habrá que estar a las normas generales del Derecho de sucesiones (ya sean las derivadas del CC o las normas autonómicas aplicables)¹²¹, de tal manera que la titularidad del derecho de parti-

¹¹⁸ Lo que, como señala JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 126) podría fundamentarse en la aplicación de la norma de conflicto rectora de los derechos de propiedad intelectual, que se remite a la ley del Estado para cuyo ámbito se reclama protección (*lex loci protectionis*), que en este caso sería Francia, por ser aquel donde tuvieron lugar las reventas que generaron los créditos cuyo importe se reclama. Sin embargo, la propia autora considera (p. 127) que la aplicación de la *lex loci protectionis*, si bien alcanza a los aspectos relacionados con la existencia, características, contenido y duración del derecho de participación, así como a la determinación de quién ha de ser considerado como primer titular o a su régimen de prescripción, no puede extenderse a las cuestiones relacionadas con el modo de articular la transmisión *mortis causa* del derecho, que han de regirse por la ley rectora de la sucesión. Sobre los problemas que pueden plantearse a la hora de identificar el Estado para cuyo ámbito se reclama protección cuando la operación de reventa presenta elementos diversos de internacionalidad, vid., de la misma autora, *op. cit.*, p. 127, donde propone considerar como circunstancia relevante la que cualifique a la reventa desde el punto de vista del *droit de suite*, que en su opinión debería ser la intervención del profesional del mercado del arte, lo que llevaría a localizar la reventa en el establecimiento donde esta hubiera tenido lugar, y, en el caso de las reventas realizadas mediante subastas electrónicas en las que no fuera posible identificar la localización del profesional, el lugar del establecimiento del prestador de servicios.

¹¹⁹ JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 123 y 126; y CAAMIÑA, “Los beneficiarios...”, cit., p. 239. En p. 240 señala esta última autora que, tratándose de un supuesto de sucesión con elemento extranjero y referida a bienes muebles, y conforme al Derecho Internacional Privado francés –que es el del Tribunal competente para conocer del fondo del asunto–, la ley aplicable habría de ser la del último domicilio del causante, que se encontraba en territorio español, por lo que la determinación de los beneficiarios del derecho de participación tras su fallecimiento debería corresponder a la ley española. Al no existir en el Derecho español una regulación específica de la sucesión del derecho de participación, habría que estar a las normas generales sobre Derecho de sucesiones. Y a la misma conclusión se debería llegar si se entendiera que se debe aplicar al derecho de participación la ley que rige la sucesión del autor, la cual, cuando falleció el pintor, era la ley española, como ley nacional del causante, conforme al art. 9.8 CC. En este punto, señala JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 126) que, “conforme a los datos de los que se dispone, todo apunta a que sería la legislación foral catalana la que, en última instancia, determinaría la validez de fondo de tal testamento”, y, por tanto, la validez del llamamiento a favor del Estado español.

¹²⁰ Pese a que en alguno de los borradores elaborados para la reforma del art. 24 LPI llegó a establecerse un régimen parecido al francés (JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 125, n. 14).

¹²¹ Se aproxima así el tratamiento del derecho de participación en este aspecto al régimen propio de los derechos de explotación, y no al de los derechos morales de autor; ESPÍN ALBA, *op. cit.*, p. 444 y ss. Advierte ROCHA (*op. cit.*, p. 156) que el hecho de reconocer al autor una plena disponibilidad *mortis causa* sobre el derecho de participación no resulta fácilmente conciliable con su carácter irrenunciable e intransmisible por acto *inter vivos*, y que la concepción asistencial o proteccionista que subyace a estos rasgos podría ser más coherente con la fijación por ley de los beneficiarios *mortis causa* del derecho (tal como sucedía tradicionalmente, p. ej., en Francia). No obstante, concluye que la solución de la ley española es la única razonable si se tiene en cuenta que se trata de un derecho de contenido patrimonial, y que impedir al autor disponer libremente del mismo por testamento implicaría discriminar sin razón a los artistas plásticos respecto a los demás autores, que pueden disponer con toda libertad de sus derechos *mortis causa*.

cipación corresponderá a quienes resulten ser legatarios o herederos del autor conforme a las previsiones del testamento (pacto sucesorio, en su caso¹²²) o al régimen de la sucesión abintestato. En consecuencia, ni el propio autor, ni tampoco sus sucesores, habrán de atenerse a ninguna limitación específica a la hora de disponer *mortis causa* del derecho de participación, más allá de las que resulten de la aplicación del sistema de legítimas y reservas. La libertad del causante en este terreno alcanzará también a la posibilidad de disponer del derecho de participación respecto a cada una de sus obras, por más que ello pueda suponer una mayor dificultad en la gestión del derecho¹²³.

53. Es importante destacar, por otra parte, que la transmisión *mortis causa* del derecho de participación no ha de estar necesariamente vinculada a la transmisión *mortis causa* sobre el soporte de la obra¹²⁴. La cuestión se planteó en el asunto resuelto por la ya mencionada SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), en la que se afirmó, con base en lo previsto por el art. 56.1 TRLPI, que la adquisición por legado del soporte de la obra no implica por sí misma adquisición por el legatario de los derechos de propiedad intelectual sobre la misma, por lo que estos –y, en particular, el derecho de participación– correspondían a los herederos del autor:

“Respecto de la primera de las cuestiones apuntadas (legitimación de las demandantes como herederas del autor), hemos de partir del tenor del artículo 56.1 TRLPI: ‘El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última’. Significa, aplicándolo a las obras plásticas, que el dominio sobre el soporte material a la que se incorpora la obra no legitima por sí solo al propietario para el ejercicio de los derechos de explotación, entre cuyas especies se incluye el derecho de participación en el precio de la reventa, previsto en el artículo 24 TRLPI.

En nuestro caso, consta que los propietarios de las obras plásticas que fueron objeto de transmisión mediante la escritura otorgada el día 10 de diciembre de 1997 adquirieron el dominio a título de herencia del causante Don Vicente, quien a su vez adquirió el dominio de esas obras plásticas a título de legado en la herencia del autor, Don Esteban, conforme al testamento otorgado por este último (...). En ese legado sólo se transmitía el dominio de las obras plásticas que pudieran existir en el momento del fallecimiento del testador y que se hallaran en su poder por no haber sido objeto de venta, al igual que los cuadros y objetos de arte que se encontraran en la casa del testador sita en (...). Si el objeto del legado fue el pleno dominio de las obras plásticas del testador, ningún otro derecho pueden arrogarse los causahabientes del legatario.

En el testamento del autor de las obras plásticas se instituían herederas por terceras partes iguales a su hermana, Dª Sofía y a sus sobrinas, hijas de ésta, Dª Mª Milagros y Dª Mª Rosa, respecto del ‘resto de todos sus bienes, derechos y acciones’. Quiere decirse con ello que los derechos de propiedad intelectual sobre las obras plásticas (entre ellos, el derecho a la participación en el precio de la reventa) que son, conforme dispone el art. 3.1 TRLPI, independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual, pertenecen pro indiviso a las herederas, las cuales han suscrito el contrato de adhesión de socios con la Entidad Gestora actora (...).

Así las cosas, debe confirmarse que correspondía a los vendedores en la compraventa otorgada el día 10 de diciembre de 1997 el dominio sobre el soporte material de las obras plásticas y corresponde a las herederas del autor los derechos de propiedad intelectual sobre esas obras plásticas.

La interpretación pretendida por la apelante sobre la voluntad del testador de que el legado de las obras plásticas llevaba consigo la transmisión de los derechos de propiedad intelectual inherentes a las mismas no concuerda con, de un lado, que el objeto del legado era ‘el pleno dominio’ y ‘la plena propiedad’ de los soportes materiales (cuadros, guaches y objetos de arte) y; de otro lado, con la expresa atribución a las herederas del ‘resto de todos sus bienes, derechos y acciones’”.

¹²² JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 124) manifiesta sus dudas sobre la posibilidad de reconocer la validez de aquellos pactos sucesorios que tengan por objeto el derecho de participación (aun cuando el Derecho aplicable admita esta forma de sucesión voluntaria), ya que, dado su carácter irrevocable, su admisión equivaldría a una verdadera disposición “en vida” del autor, lo que no sería compatible con el carácter inalienable *inter vivos* que inequívocamente le atribuye la Directiva.

¹²³ CASAS, “El derecho...”, *cit.*, pp. 103-104; y ROCHA, *op. cit.*, p. 157.

¹²⁴ Como ya advertía RAMS (*op. cit.*, p. 447) a propósito del art. 24 LPI.

VI. Obligados al pago y responsables

54. Dado que el *droit de suite* se concibe inicialmente como una participación en el precio de reventa, se entiende que el sujeto llamado a asumir en primer término la condición de deudor sea quien aparece como vendedor en dicha reventa, ya que es precisamente el cobro del precio pagado por el comprador lo que debería garantizar el pago del derecho mediante la práctica de la oportuna deducción¹²⁵. Sin embargo, a la hora de determinar a quiénes ha de corresponder la condición de obligados o responsables del pago la Directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de señalar como tales, además del vendedor o en lugar del mismo, a los distintos profesionales que hubieran intervenido en la operación¹²⁶.

55. El legislador español ha optado por considerar al vendedor en todo caso como obligado principal al pago (art. 1 LDP)¹²⁷, con independencia de que el mismo tenga o no la condición de profesional; al tiempo que impone a los distintos profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en la reventa, además de ciertos deberes instrumentales relacionados con la gestión y recaudación del derecho de participación, la condición de responsables solidarios del pago junto con el propio vendedor (art. 10).

56. A diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia del art. 24 TRLPI¹²⁸, la responsabilidad solidaria de los citados profesionales no aparece supeditada al hecho de estos hayan actuado en la reventa por cuenta o encargo del vendedor, sino que alcanzará a todos aquellos que hayan intervenido en la operación como vendedores, como compradores, o como intermediarios. En concreto, el hecho de que sea un profesional del mercado del arte quien asuma la posición de vendedor (ya sea en nombre propio o en representación de un tercero) no excluirá la responsabilidad solidaria de los otros profesionales que hayan podido intervenir en la operación, aunque sí determinará que sean asumidos en exclusiva por aquel los restantes deberes instrumentales impuestos por la ley.

57. Obsérvese que, en tanto no se proceda a hacer efectivo el pago a los titulares del derecho, el vendedor no queda liberado de su obligación frente a ellos, ni siquiera en el caso de que por parte de alguno de los profesionales intervinientes en la operación se haya procedido, conforme a lo previsto en la ley, a practicar la retención de la porción correspondiente del precio; lo que ha sido criticado por algún autor, ya que si el profesional en cuestión no procede a entregar el citado importe a los titulares del derecho estos podrían reclamar directamente al vendedor, que se vería así obligado a pagar dos veces la misma cantidad¹²⁹.

58. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que, si bien lo habitual será que el importe del crédito de participación sea detrído del precio ya pagado por el comprador, la norma no supedita el devengo

¹²⁵ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 20.

¹²⁶ Art. 1.4 de la Directiva: “El pago del derecho contemplado en el apartado 1 correrá a cargo del vendedor. Los Estados miembros podrán disponer que una de las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el apartado 2 que no sea el vendedor tenga responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho”.

¹²⁷ Es la misma solución acogida en el Reino Unido (Reg. (13) (1) de la ARRR) y en Alemania, donde el art. 26.1 *UrhG* precisa que, en el caso de que el vendedor actúe como particular, los profesionales que intervengan en la operación como compradores o intermediarios serán solidariamente responsables con él del pago; pero, en la relación interna, será el vendedor el único responsable del pago. Todavía bajo la vigencia del art. 24 TRLPI, pero teniendo ya presente la Directiva, se manifestaba en contra de esta solución VICENTE (*op. cit.*, p. 108), para quien resultaba más coherente con el sistema configurar la responsabilidad de los profesionales como exclusiva, y no compartida con el vendedor (sin perjuicio de que la carga del derecho hubiera de recaer sobre él mediante la deducción de la parte correspondiente del precio), tal como se hizo en la ley francesa (art. L122-8 *CPI*). En Portugal (art. 54.7 *CDA*), en cambio, la responsabilidad de la “entidad actuante en el mercado del arte a través de la cual se hubiera producido la transacción” se configura como subsidiaria respecto a la del vendedor.

¹²⁸ Vid. SAP Madrid, Sec. 14ª, de 9 julio 2001 (*JUR.* 272630), que, bajo la vigencia de la legislación anterior, señalaba al vendedor como deudor principal, y a los profesionales intermediarios como responsables solidarios en cuanto actuasen por cuenta o encargo de aquel. No se supeditaba a la actuación por cuenta o en nombre del vendedor la imposición a los intermediarios de los deberes instrumentales que detallaban los arts. 4 y 5 del RD 1434/1992, salvo los de retención y depósito.

¹²⁹ Vid. Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 128), en el que se sostiene que una vez practicada la retención por el profesional obligado a ello este debería asumir en exclusiva la condición de responsable; lo que, además, sería admisible conforme a la Directiva. Anteriormente, en la misma línea, RAMS, *op. cit.*, p. 448.

de aquel al hecho de que el precio haya sido efectivamente abonado, sino a la celebración del contrato; por lo que, en casos de aplazamiento, cabe pensar que los titulares del derecho de participación podrán exigir el pago, aun cuando el precio todavía no se haya hecho efectivo, y tanto frente al vendedor como frente a los demás responsables¹³⁰. En caso de que sea uno de estos quien realice el pago, podrá reclamar el reembolso al vendedor o esperar a que se realice el pago del precio para deducir de él el importe abonado a los titulares del derecho.

59. ¿Cabe desplazar, en virtud de pacto, el coste correspondiente al derecho de participación sobre un sujeto distinto de aquel a quien la ley impone la condición de deudor? En particular, ¿es admisible el pacto por el que el comprador asume la carga derivada del derecho de participación, comprometiéndose a pagar, además del precio, una cantidad adicional equivalente al importe del crédito de participación? Precisamente, fue un pacto de este tipo el que dio lugar a la STJUE (Sala 4ª) de 26 febrero 2015 (Asunto C-41/14) (*TJCE. 2015/7*)¹³¹, en la que el Tribunal comunitario, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* francesa, declara que la Directiva 2001/84 no se opone a que la persona obligada al pago del derecho de participación, designada como tal por la legislación nacional -ya sea el vendedor o un profesional del mercado del arte que intervenga en la operación-, pueda pactar con cualquier otra persona, incluido el comprador, que esta última soporte definitivamente en todo o en parte el coste del derecho de participación, siempre que esa estipulación no afecte en modo alguno a las obligaciones y la responsabilidad que incumben a la persona obligada frente al autor.

60. El litigio del que trae causa la cuestión prejudicial tiene su origen en la demanda interpuesta ante los Tribunales franceses por el *Syndicat National des Antiquaires* (SNA), y en la que aparece como demandada la empresa de subastas de arte *Christie's France SNC*, filial de la multinacional *Christie's*. La entidad demandante, en su condición de competidora en el mismo sector de mercado, solicitaba que se declarase, por constituir un acto de competencia desleal contrario al art. L122-8 del *CPI* francés, la nulidad de la cláusula incluida por *Christie's* en sus condiciones generales de venta por la que se dispone que el comprador de obras de arte deberá pagar a *Christie's* -que actúa a estos efectos por cuenta y en nombre del vendedor-, además del precio de venta, una suma igual al importe del canon debido al autor de la obra vendida en virtud del "*droit de suite*" reconocido por la legislación sobre propiedad intelectual, que posteriormente será pagado por *Christie's* al propio autor o al organismo encargado de su percepción¹³².

En su sentencia de 20 mayo 2011, el *Tribunal de Grande Instance* de París desestimó la acción, por entender que el reparto de la carga del pago del canon en concepto de derecho de participación no es por sí solo constitutivo de un acto de competencia desleal; además, consideró que el SNA carecía de legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión. Interpuesto el recurso de apelación por parte del SNA, la *Cour d'Appel* de París, en sentencia de 12 diciembre 2012, revocó la decisión de primera instancia y declaró nula la cláusula discutida, argumentando, por un lado, que el derecho de participación fue concebido como una retribución pagada por el vendedor, que se ha enriquecido con la venta de una obra, al autor, porque la retribución original por la primera venta podía ser pequeña en relación con las plusvalías adquiridas después de ésta; y, por otro, porque toda excep-

¹³⁰ En contra, BERCOVITZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 381), quien argumenta que, fundándose el derecho en una "participación" en los ingresos, "no parece que el vendedor deba hacer participar al autor de un precio que no ha sido pagado".

¹³¹ Sobre esta sentencia, vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Derecho de participación", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2015, parte Tribuna (*BIB. 2015/1427*); MAGRI, *op. cit.*, *passim*; y P. VALENTIN, "Artist's Resale Right in France: The Economic Burden Revisited", 2015, en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2015/03/2015%20Europe%20Forum/art1_authcheckdam.pdf.

¹³² Al hilo de la información sobre el *droit de suite* proporcionada a los posibles compradores en la página web de *Christie's* (www.christies.com) se hace constar lo siguiente: "For *Christie's* purposes, the seller and his agent (the auction house) are jointly and severally liable. *Christie's* will collect from the buyer an amount equal to the resale royalty and pass this to the relevant collecting agency. This will appear as a separate line item on the buyer's invoice and is described as Artists Resale Right". Un planteamiento similar puede encontrarse en la página web de *Dreweatts & Bloomsbury* (www.dreweatts.com), o en la de *Sotheby's*, donde se advierte, no obstante, que el importe del derecho de participación será cargado al comprador en Reino Unido e Italia, mientras que en Francia será cargado al vendedor (<http://www.sothebys.com/content/dam/sothebys/PDFs/droitdesuite/ARR-EN.pdf>).

ción convencional a las disposiciones de la Directiva 2001/84 sería contraria al objetivo de esta, que trata de asegurar la uniformidad en la regulación del derecho de participación¹³³. La sentencia reconocía además que el SNA tenía un interés legítimo para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula, ya que el objetivo de la Directiva y de la ley francesa en este punto no era solo tutelar el interés del autor, sino también contribuir al buen funcionamiento del mercado común del arte, por lo que se trataba, en definitiva, de una cuestión de orden público económico. La sentencia de apelación fue recurrida por Christie's ante la *Cour de Cassation*, alegando, en esencia, que la Directiva se limita a poner el derecho de participación del autor a cargo del vendedor, sin ninguna otra precisión ni restricción, por lo que debe entenderse que no excluye una regulación convencional que desplace la carga del pago hacia otra persona. En estas circunstancias, la *Cour de Cassation*, en su resolución de 22 enero 2014¹³⁴, decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse la regla del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2001/84, que pone a cargo del vendedor el pago del derecho de participación, en el sentido de que corresponde al vendedor soportar definitivamente ese coste, sin que sea posible establecer excepciones a esa regla mediante pacto?”

61. En sus razonamientos jurídicos, el TJUE empieza por recordar que el objetivo primordial perseguido mediante la adopción de la Directiva era garantizar a los autores un nivel de protección adecuado y uniforme en todos los Estados miembros, y que, a tal efecto, son los propios Estados los responsables de reconocer el derecho de aquellos a participar en el precio de reventa de sus obras, si bien disponen de libertad, dentro de ciertos límites, para determinar quién ha de ser la persona obligada al pago; de tal manera que, si bien en principio la obligación de pago habrá de corresponder al vendedor –por ser quien normalmente percibe el precio de compra como resultado de la transmisión–, los Estados miembros pueden establecer excepciones, imponiendo la obligación de pago, en lugar de o junto al vendedor, a alguno de los profesionales que intervienen como vendedores, compradores o intermediarios en los actos de reventa.

Advierte el Tribunal que, si bien en algunas de las versiones lingüísticas de la Directiva parece establecerse una distinción entre la persona obligada o responsable del pago y la persona que ha de soportar definitivamente el coste correspondiente, en otras versiones no es detectable tal distinción; en consecuencia, y de cara a fijar una interpretación uniforme de la Directiva, se hace necesario atender al contexto y a la finalidad de la norma interpretada. Partiendo de esa base, considera el Tribunal que esta no llega a pronunciarse sobre la identidad de la persona que ha de soportar definitivamente el coste del canon debido al autor. Argumenta al respecto que, si bien la Directiva pretende poner fin a las distorsiones de la competencia en el mercado del arte, ello no implica la necesidad de suprimir o evitar aquellas diferencias de regulación entre las legislaciones nacionales que no puedan perjudicar al funcionamiento del mercado interior; y que, si bien la consecución de los objetivos de la Directiva exige que se indique claramente la persona responsable del pago del canon y las reglas para determinar su importe, no sucede lo mismo con la cuestión de quién ha de soportar definitivamente el coste correspondiente¹³⁵. En

¹³³ La posible nulidad de la cláusula en cuestión, por implicar un acto de competencia desleal, fue también objeto de debate con motivo de la demanda planteada contra Christie's France por otra asociación del sector, el *Comité Professionnel des Galeries d'Art* (CPGA). En este caso, la demanda fue rechazada por la *Cour d'Appel* de París en sentencia de 3 julio 2013, basándose en que la cláusula había sido ya retirada por Christie's de sus catálogos. Sin embargo, dicha resolución fue posteriormente revocada por la *Cour de Cassation* en sentencia de 18 junio 2014 (*Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 juin 2014, 13-21.145*; localizable en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029116054&fastReqId=638095972&fastPos=9>), en la que se decide reenviar de nuevo el asunto a la *Cour d'Appel* de Versalles, ya que, en realidad, Christie's se había limitado a suspender la aplicación de dicha cláusula a la espera de una decisión judicial sobre el fondo.

¹³⁴ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 22 janvier 2014, 13-12.675* (localizable en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028514344&fastReqId=29405620&fastPos=11>).

¹³⁵ En la línea mantenida por el TJUE se había pronunciado ya VALENTIN (*op. loc. cit.*), subrayando el hecho de que la Directiva deja una margen de flexibilidad bastante amplio a los Estados miembros para determinar quiénes han de ser los sujetos responsables del pago, lo que ha permitido que, por ejemplo, en el Reino Unido se haya admitido expresamente la posibilidad de que dicha responsabilidad sea asumida por el comprador (*Reg. (13) ARRR*); que la Directiva no pretendió hacer recaer en todo caso el coste del *droit de suite* sobre el vendedor, con exclusión de cualquier otro sujeto (pese a que ese, al parecer, sí fue el objetivo perseguido por la ley francesa); que su objetivo fundamental era eliminar las distorsiones de la competencia entre los

efecto, señala el Tribunal, aun cuando no se puede descartar que este último factor pueda generar alguna distorsión en el mercado, tal efecto sería solo indirecto, ya que sería únicamente el resultado de una estipulación pactada al respecto entre las partes del contrato de venta, sin que ello pudiese implicar una modificación en cuanto a la persona obligada o responsable del pago frente al autor¹³⁶.

En consecuencia, concluye el TJUE, la Directiva 2001/84 no se opone a que, en caso de que un Estado miembro adopte una legislación que establece que el vendedor o un profesional del mercado del arte que intervenga en la operación es la persona obligada al pago del canon frente al autor, estos pacten con ocasión de la reventa con cualquier otra persona, incluido el comprador, que esta última soporte definitivamente en todo o en parte el coste del canon debido al autor en concepto de derecho de participación, siempre que se entienda que esa estipulación contractual no afecta en modo alguno a las obligaciones y la responsabilidad que incumben a la persona obligada frente al autor.

62. Devuelto el asunto a los Tribunales franceses, la *Cour de Cassation* dictó sentencia el 3 de junio de 2015¹³⁷ por la que, atendiendo a los argumentos del TJUE, revocaba parcialmente la sentencia de apelación de 12 diciembre 2012 en lo relativo a la declaración de nulidad de la cláusula contractual en cuestión, y devolvía las actuaciones a la *Cour d'Appel* de Versailles. El pasado día 24 de marzo de 2017 este último Tribunal ha resuelto en sentido contrario a la validez de la cláusula discutida¹³⁸, argumentando que “*celui qui a la charge du droit de suite est bien celui qui doit en supporter le coût*”, y que, conforme a la norma francesa, “*le droit de suite est à la charge du vendeur*” (art. L122-8 *CPI*). La resolución subraya el hecho de que el criterio fijado por el TJUE a propósito de la interpretación del art. 1.4 de la Directiva no pone en cuestión la soberanía de los legisladores nacionales para determinar en sus normas internas quién ha de asumir el coste definitivo del derecho de participación; y subraya que durante los debates parlamentarios que dieron lugar a la ley francesa de transposición se descartó una enmienda encaminada a reconocer expresamente la admisibilidad de las derogaciones convencionales a las reglas sobre la responsabilidad respecto al pago del derecho de participación, dotando así a la regulación sobre este punto de un carácter imperativo, fundado en el orden público económico de dirección, con objeto de garantizar unas condiciones de competencia “sanas” en el mercado nacional y europeo¹³⁹. El *droit de suite* vendría a perfilarse así en la norma francesa como una cantidad que debe necesariamente descontarse del precio de venta, por lo que admitir que el coste pudiera ser transferido al comprador implicaría alterar su fundamento, ya que dejaría de ser un descuento sobre el precio de venta, que ha de recaer íntegramente sobre el vendedor, para configurarse como una cantidad que habría de abonar el comprador como carga adicional al precio de venta. A la espera de los recursos que puedan plantearse frente a esta resolución por parte de la casa de subastas afectada (que quizá haya de afrontar próximamente múltiples demandas de reembolso planteadas por los compradores obligados en el pasado a satisfacer el importe satisfecho por este concepto), parece, por tanto, que en lo sucesivo, y en tanto la

Estados miembros, objetivo que no se pone en cuestión por la admisión de un posible pacto entre vendedor y comprador; y que, en último término, no existe ninguna razón por la que otras empresas del sector no puedan incluir el mismo tipo de estipulación en sus condiciones generales, por lo que no existe riesgo real para la competencia.

¹³⁶ En su comentario a la sentencia, señala MAGRI (*op. cit.*, ap. 4) que la generalización de este tipo de cláusulas tendría, en todo, consecuencias modestas en el terreno competencial, ya que, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, el coste correspondiente al derecho de participación siempre sería tenido en cuenta por el vendedor a la hora de negociar el precio de venta.

¹³⁷ *Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 3 juin 2015, 13-12.675*. Puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030686293>. En ella se alude a una nota de la Comisión Europea, de fecha 22 diciembre 2008, en la que se reconoce la adecuación de este tipo de estipulaciones a la Directiva, advirtiendo sin embargo que ello en ningún caso afectaría a la responsabilidad de los sujetos señalados por la ley frente a los titulares del derecho de participación.

¹³⁸ *Cour d'appel de Versailles, Ire chambre Ire section, 24 mars 2017, n° 15/07800*. El texto de la resolución puede encontrarse en https://www.doctrine.fr/d/CA/Versailles/2017/C86509C8EE6C88B8FE1EB?chrono=false&q=Cour%20d%27appel%20de%20Versailles%2C%2024%20mars%202017%20%22droit%20de%20suite%22&position=1&action=result&query_key=24cbae98f1b68b148d513e4774b74806&source=title.

¹³⁹ Si bien el propio Tribunal recuerda que con fecha 13 de octubre de 2016 se presentó en la Presidencia del Senado una proposición de ley encaminada a incentivar la actividad cultural y artística y a reforzar el atractivo del mercado del arte, y en la que se proponía incluir en el art. L122-8 *CPI* la siguiente frase: “*Par convention, le paiement du droit de suite peut être mis à la charge de l'acheteur*”.

norma francesa no sea modificada, la carga del *droit de suite* deberá ser asumida necesariamente por el vendedor en ese país, sin posibilidad de pacto en contrario.

63. En el caso del Derecho español, y a falta de una norma equivalente a la del citado art. L122-8 *CPI*, cabe pensar que las previsiones legales relativas a la consideración del vendedor como obligado al pago, y de los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en la operación como responsables solidarios frente a los titulares del derecho de participación (arts. 1 y 10 LDP), no excluyen, *a priori*, la posibilidad de que, en virtud de pacto, sea el comprador quien asuma el coste derivado de ello, mediante el pago, junto al importe del precio, de una cantidad equivalente al crédito de participación. En este punto habría que partir del carácter meramente dispositivo que, en principio, se debe reconocer a las normas que regulan la distribución de los gastos en la compraventa (cfr. arts. 1455 y 1465 CC). Ello no obstante, habría que hacer dos puntualizaciones al respecto: en primer lugar, que la existencia de dicho pacto en ningún caso podrá privar al autor o a sus sucesores de la posibilidad de hacer valer su derecho frente al vendedor y frente a los restantes responsables solidarios¹⁴⁰, ya que, a tenor de la interpretación realizada por el TJUE en la sentencia analizada, ello sería incompatible con las exigencias de la Directiva. Y, en segundo lugar, que en el caso de que el citado pacto hubiera sido incluido en las condiciones generales utilizadas por las empresas del sector para contratar con los posibles compradores –especialmente cuando estos tengan la condición de consumidores conforme al art. 3 TRLGDCU¹⁴¹–, habrán de observarse las exigencias en materia de transparencia y no abusividad impuestas por las normas sobre protección de los consumidores (arts. 80 y ss. TRLGDCU y Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación¹⁴²), así como los límites derivados de las normas sobre competencia desleal; vid., en particular, art. 15.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes; y art. 2.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹⁴³, que considera como conducta constitutiva de abuso de posición dominante, entre otras, la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos¹⁴⁴.

VII. Gestión, recaudación y pago del derecho de participación

1. El sistema de gestión colectiva voluntaria

64. El legislador español optó desde el inicio (art. 24 LPI y art. 24 TRLPI) por someter el derecho de participación a un sistema de gestión colectiva voluntaria y no obligatoria, y ese es el planteamiento que mantiene en la actualidad el art. 7 LDP. Durante la tramitación de la norma de transposición de la Directiva –que dejaba la opción en este punto a los Estados miembros¹⁴⁵– llegó a plantearse la

¹⁴⁰ VICENTE, *op. cit.*, p. 105.

¹⁴¹ Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU) (BOE. núm. 287, de 30 noviembre 2007).

¹⁴² BOE. núm. 98, de 14 abril 1998. A primera vista, la abusividad de la cláusula en cuestión podría fundamentarse en el hecho de desplazar al consumidor adherente la asunción de gastos legalmente atribuidos a un sujeto distinto; ejemplos de ello pueden encontrarse en el art. 89.3 TRLGDCU, que considera abusiva, “*en todo caso*”, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario, o en la STS (Sala 1ª) de 23 diciembre 2015 (RJ. 5714), que declara nulas por el mismo motivo las cláusulas no negociadas individualmente por las que se impone al prestatario la asunción de todos los costes derivados de la constitución de la garantía hipotecaria, incluyendo el pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es el banco. Obsérvese, no obstante, que en el presente caso la cláusula en cuestión no desplaza al comprador un gasto legalmente impuesto de forma directa al predisponente (la casa de subastas), ya que el obligado principal al pago del crédito de participación es, como sabemos, el vendedor; si bien es cierto que la empresa subastadora sí tiene legalmente atribuida la condición de responsable solidaria y obligada al cumplimiento de determinados deberes instrumentales.

¹⁴³ BOE. núm. 159, de 4 julio 2007. Vid. también art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

¹⁴⁴ Sobre el tema, vid. S. GONZÁLEZ GARCÍA, *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, en especial pp. 157 y ss.

¹⁴⁵ Cfr. art. 6.2 y cdo. (28) de la Directiva. El sistema de gestión colectiva obligatoria ha sido acogido mayoritariamente por los Estados miembros: vid., p. ej., la *UrhG* alemana (art. 26.6), la *ARRR* británica (Reg. (14)), y el *CDA* italiano (arts. 152 y ss.).

posibilidad de establecer el modelo de gestión colectiva obligatoria¹⁴⁶, tal como venían reclamando las propias entidades, y también algún sector doctrinal¹⁴⁷. Sin embargo, la decisión definitiva del legislador no puede considerarse desacertada, teniendo en cuenta que se trata de un derecho perfectamente individualizado en cuanto a los presupuestos que lo generan y cuya gestión, por tanto, puede ser razonablemente asumida de forma directa por el propio autor o sus sucesores, si así lo consideran oportuno¹⁴⁸; a diferencia de lo que sucede con otros derechos de simple remuneración reconocidos al autor –como el derecho de compensación por copia privada–, dotados de un mayor nivel de abstracción y cuya gestión, por tanto, ha de afrontarse necesariamente de forma colectiva.

65. Es evidente, sin embargo, que el legislador ha sido plenamente consciente de que, en la práctica, el ejercicio directo del derecho de participación por parte de sus titulares será un supuesto más bien excepcional, dadas las dificultades –y mayores costes– que habitualmente encontrarán el autor y sus sucesores para conocer el destino de sus obras después de su primera transmisión, para obtener la información imprescindible de cara al ejercicio de su derecho, e incluso para interponer eficazmente las reclamaciones procedentes¹⁴⁹, más aún si se tiene en cuenta la dimensión internacional que con frecuencia caracteriza al mercado del arte. Es cierto que la ley impone a los profesionales que intervengan en las sucesivas reventas de la obra la obligación de facilitar directamente a los propios titulares –y no solo a las entidades de gestión– toda la información necesaria para la liquidación del derecho, lo que teóricamente debería facilitar su gestión directa; sin embargo, al margen de las retenciones que puedan tener los profesionales afectados a la hora de dar cumplimiento a esos deberes de información, tampoco puede ignorarse que incluso aquellos que estén dispuestos a cumplirlos se encontrarán a menudo con dificultades insuperables para identificar y localizar a los titulares del derecho, especialmente después del fallecimiento del autor. En cambio, las entidades de gestión están en condiciones de adoptar con mayor eficacia, menores costes y mayor transparencia las medidas e iniciativas conducentes a una adecuada administración del derecho en beneficio, no solo de los artistas y sus causahabientes –tengan o no la condición de asociados–, sino también de los propios obligados el pago¹⁵⁰: envío de inspectores a las subastas de obras de arte, suscripción de convenios con profesionales del mercado del arte¹⁵¹ y con entidades de gestión colectiva de otros países para la asistencia y representación mutua¹⁵², ejercicio de acciones judiciales, desarrollo de herramientas en línea para facilitar la gestión del derecho de participación (como sistemas de registro para los artistas, bases de datos de artistas accesibles para los usuarios, herramientas para el cálculo de los derechos, formularios para la declaración de ventas...) ¹⁵³, etc.

¹⁴⁶ Recuerda BERCOVITZ (*El derecho...*, cit., p. 2) que el Proyecto de Ley sí optaba por un sistema de gestión colectiva obligatoria. En el Dictamen del Consejo del Estado sobre el Anteproyecto (“Anteproyecto de Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, por la que se incorpora la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001”, 19 junio 2008, *Tol.* 4.556.326 *Jurisprudencia*, ap. IV) se afirmaba que esta solución podía ser eficaz, aunque se advertía sobre los problemas prácticos que podían derivar del hecho de que la gestión colectiva no se dejase expresamente en manos de una única institución, “acaso dependiente del poder público”, ya que ello podría dificultar el cumplimiento por los operadores de los deberes instrumentales previstos por la ley, y se obligaría a las distintas entidades de gestión a acreditar en cada caso la representación de los autores en cuyo nombre actúan.

¹⁴⁷ Entre otros, BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 390-391; y VICENTE (*op. cit.* pp. 140 y ss.). Con matices, CASAS, “El derecho...”, cit., p. 87, y “La transposición...”, cit., p. 2, donde señala que la posibilidad de establecer la gestión colectiva obligatoria quizá debiera hacerse “más con la vista puesta en los intereses de los obligados –para facilitarles las cosas– que de los titulares –que siempre pueden acudir a una entidad, aunque ello no sea obligatorio”. En igual sentido, vid. Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 127), donde se señala que desde el punto de vista de los obligados “puede ser una solución práctica” tener un único interlocutor; si bien apunta que la opción por la gestión colectiva obligatoria debería implicar una reducción notable de los costes de administración.

¹⁴⁸ En este sentido, BLEDA, *op. cit.*, p. 127; BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 21; y PFENNIG, “Aspectos...”, cit., pp. 43-44.

¹⁴⁹ VICENTE, *op. cit.*, p. 137.

¹⁵⁰ Vid. las consideraciones que expone al respecto GUTIÉRREZ VICÉN (abogado y gerente de VEGAP) en “Problemas...”, cit., p. 126 y ss.; y, posteriormente, en “Comentario...”, cit., p. 237.

¹⁵¹ PFENNIG, “El derecho...”, cit., p. 26.

¹⁵² PFENNIG, “Aspectos...”, cit., pp. 43-44.

¹⁵³ CISAC, EVA, GESAC, “Derecho de participación...”, cit., p. 3.

66. Así las cosas, es comprensible que la ley española, al regular todo lo relacionado con la gestión, recaudación y pago del crédito de participación, haya centrado su atención en el papel de las entidades de gestión, de un lado –configurando lo que ha sido definido como un sistema de gestión colectiva “voluntaria, pero estimulada”¹⁵⁴–, y en el de los profesionales intervinientes en la reventa, del otro –regulando con especial detalle las obligaciones que les incumben¹⁵⁵. Significativamente, en cambio, la ley apenas regula la posible intervención de los titulares del derecho (el autor o sus sucesores), o la del vendedor que no tenga la condición de profesional del mercado del arte, pese a ser el obligado principal al pago.

2. Los deberes instrumentales impuestos a los profesionales que intervienen en la operación.

67. El art. 8 LDP, siguiendo el modelo del antiguo art. 24 TRLPI, impone a los profesionales intervinientes en la operación una serie de deberes instrumentales, encaminados a garantizar el cumplimiento de la obligación de pago que, en principio, incumbe al vendedor como deudor principal: notificación de la reventa, con entrega de la documentación relevante para la liquidación del crédito de participación, y retención y custodia de la parte del precio correspondiente al derecho de participación hasta el momento de ponerlo a disposición de su titular. En caso de que sean varios los profesionales que hayan intervenido en la reventa, el cumplimiento de tales deberes, y también la propia obligación de pago, incumbirán a aquel profesional que haya actuado como vendedor¹⁵⁶, y, en su defecto, al que hubiera intervenido como intermediario¹⁵⁷.

68. La notificación de la reventa deberá hacerse por escrito o por otro medio que permita tener constancia de su remisión y recepción, y habrá de tener como destinatarios, no solo a los titulares del derecho de participación, sino también “a la entidad de gestión correspondiente” y al propio vendedor. En el caso de este último, cabe pensar que el sentido de la notificación no será tanto informar al vendedor sobre los diferentes extremos de la venta celebrada (que, por hipótesis, serán conocidos por él), sino más bien darle a conocer la propia existencia del derecho de participación y su condición de deudor respecto al correspondiente crédito. En el caso de las entidades de gestión, la formulación legal resulta ciertamente ambigua, ya que no queda claro si el deber de notificación estará supeditado a la previa constancia de que la entidad en cuestión tiene específicamente atribuida la representación del autor afectado, o si –como parece más probable– la notificación habrá de practicarse siempre, teniendo por destinatarias a la entidad o entidades que tienen atribuida genéricamente la defensa de los derechos de los artistas plásticos en España (fundamentalmente VEGAP, que, a estos efectos, sería la “entidad de gestión correspondiente”)¹⁵⁸.

La notificación habrá de incluir la referencia al lugar y fecha de la reventa, precio íntegro y documentación acreditativa necesaria para la verificación de los datos y la práctica de la correspondiente liquidación; documentación que a su vez habrá de incluir, al menos, el lugar y la fecha en la que se realizó la reventa, el precio de la misma y los datos identificativos de la obra revendida, así como de los sujetos contratantes, de los intermediarios, en su caso, y del autor de la obra. La relativa brevedad del plazo previsto para la práctica de la notificación (dos meses desde el día siguiente a la reventa) parece justificada si se considera que, si bien pueden existir dificultades a la hora de identificar y localizar a los titulares actuales del derecho de participación (especialmente cuando este haya sido transmitido a los sucesores *mortis causa* del autor), los profesionales intervinientes en la operación disponen siempre de la posibilidad de dirigirse a la entidad (o entidades) de gestión, no solo para proceder a la notificación de la reventa, sino también para poner a su disposición el importe del crédito correspondiente.

¹⁵⁴ ROCHA, p. 183, citando a CASAS.

¹⁵⁵ Con referencia al régimen del art. 24 LPI, RAMS, *op. cit.*, p. 449.

¹⁵⁶ En el antiguo art. 24 LPI, los deberes de retención y custodia del importe correspondiente al derecho de participación, así como la responsabilidad solidaria respecto al pago del mismo, se imponían específicamente a los profesionales que hubieran actuado por cuenta o encargo del vendedor.

¹⁵⁷ El art. R122-9, ap. II, del *CPI* francés aclara que, en defecto de los anteriores, el responsable del pago será el comprador, si actúa en el marco de su actividad profesional.

¹⁵⁸ Sobre la legitimación de las entidades de gestión para la reclamación y recepción del pago del derecho de participación y, previamente, para la recepción de las correspondientes notificaciones, vid. *infra*, VII.4.

69. De conformidad con lo previsto en el art. 9 de la Directiva, el contenido del art. 8 se ve complementado en el art. 11 LDP por la expresa atribución a los titulares del derecho de participación y/o, en su caso, a las entidades de gestión, del derecho a recabar de cualquiera de los profesionales intervinientes en cada reventa, durante un plazo de tres años, la información relevante para el cálculo del crédito de participación derivado de ella¹⁵⁹. La decisión de mantener una doble vía de acceso a la información relevante (obligación de notificación y derecho a solicitar información), cada una con sus plazos, puede considerarse acertada, ya que refuerza las garantías de realización efectiva del derecho¹⁶⁰, al tiempo que somete a un límite temporal razonable la obligación de facilitar a los interesados la citada información y documentación; si bien se echa de menos la expresa previsión por parte de la ley de algún mecanismo de reacción adecuado para los supuestos de incumplimiento de tales deberes instrumentales¹⁶¹. El precepto impone a los sujetos receptores de dichas informaciones el deber de respetar los principios de confidencialidad e “intimidad mercantil”; se trata con ello de atender a las dudas que desde algunos sectores se habían planteado acerca de la conveniencia de obligar a los profesionales a desvelar informaciones que los participantes en este tipo de operaciones prefieren con frecuencia mantener reservadas (p. ej., la identidad de los vendedores y de los compradores)¹⁶².

70. En cuanto a los deberes relativos a la retención y depósito gratuito del importe correspondiente al crédito de participación, el art. 8 señala expresamente que el depósito habrá de mantenerse “hasta la entrega al titular o a la entidad de gestión”¹⁶³, lo que, por un lado, permite descartar la posibilidad de que los sujetos obligados al pago del crédito de participación procedan a entregar su importe de forma directa al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes; y, por otro, parece excluir la necesidad de recurrir en este ámbito a la consignación¹⁶⁴, ya que, en caso de duda, los profesionales dispondrán siempre de la posibilidad de dirigirse directamente a la “entidad de gestión correspondiente” para la práctica de la notificación y para la puesta a disposición del importe del crédito de participación, liberándose así de cualquier responsabilidad por incumplimiento. Teóricamente, el recurso a la consignación podría estar indicado en aquellos casos en que el obligado al pago tuviera dudas sobre la concreta entidad a la que ha de hacerse la entrega (cfr. art. 1176.2 CC), dado que, en principio, no existe ninguna exclusividad o monopolio legal al respecto¹⁶⁵; sin embargo, y al margen de que en la práctica sí existe una situación

¹⁵⁹ Subrayan este aspecto como fundamental para la efectividad práctica del derecho de participación PFENNIG (“Aspectos...”, cit., p. 43) y GUTIÉRREZ VICÉN (“Problemas...”, cit., p. 126).

¹⁶⁰ BERCOVITZ, “La Directiva...”, cit., p. 22; e Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 128).

¹⁶¹ Tal como reclamaba VICENTE, *op. cit.*, p. 141. En el Reino Unido, se prevé la posibilidad de solicitar una orden judicial para la obtención de la información requerida si el sujeto a quien se pide la información no hace todo lo necesario para proporcionarla en el plazo de 90 días (*Reg. (15) de la ARRR*); mientras que en Portugal (art. 54.8 del *CDA*) se reconoce la posibilidad de recurrir a los medios judiciales o administrativos necesarios para hacer efectivo el derecho de información.

¹⁶² La LDP sigue en este punto el criterio propuesto en el Informe ALADDA (*op. cit.*, p. 129). En Alemania, el art. 26.5 *UrhG* dispone que el profesional podrá oponerse a facilitar al autor la información requerida acerca del nombre y dirección del vendedor si procede a pagar él mismo la cantidad debida. En el párrafo 7 del mismo artículo se prevé la posibilidad de que la entidad de gestión pueda solicitar acceso a la contabilidad o a otra documentación de los profesionales implicados cuando existan dudas razonables sobre la adecuación y exhaustividad de la información proporcionada por estos.

¹⁶³ Sobre las posibles consecuencias penales derivadas del incumplimiento de las obligaciones relativas a la retención y depósito de las cantidades correspondientes al derecho de participación, vid. J. CEREZO MIR, “El derecho de participación de los artistas en el precio de la reventa de sus obras y el delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 746, 2008, pp. 1 y ss.; GUTIÉRREZ VICÉN, “Comentario...”, cit., p. 240; y BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 383.

¹⁶⁴ En contra, atendiendo al régimen del art. 24 TRLPI, se pronunciaba ROCHA (*op. cit.*, p. 181) para quien la posibilidad de que el pago tuviese por destinatarios a las entidades de gestión o al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, no excluía que el obligado a retener las cantidades pudiera liberarse de sus responsabilidades mediante consignación judicial.

¹⁶⁵ Advierte JIMÉNEZ BLANCO (*op. cit.*, p. 131) que, si bien hasta el momento las regulaciones nacionales han supuesto un régimen de exclusividad de la legitimación a favor de las entidades autorizadas en el propio Estado para cuyo ámbito se reclama la protección (lo que ha obligado a los beneficiarios del derecho a otorgar un mandato a favor de las entidades de cada país donde pretenden reclamar su derecho, o a la celebración de convenios de representación recíproca entre entidades de diversos países), la situación puede variar a partir del momento en que, con la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*DOCE* núm. L 376, de 27 diciembre 2006) (y a falta de una expresa excepción legal que, por ejemplo, no se ha formulado en España), se puede llegar a reconocer a las entidades de gestión establecidas en los distintos Estados de la UE la posibilidad de prestar libremente sus servicios en otros Estados.

efectiva de cuasimonopolio que hace poco probable que lleguen a plantearse dudas consistentes al respecto, creemos que la adecuada protección de todos los intereses concurrentes (no solo el de los titulares del derecho, sino también el de los obligados al pago) debería pasar por el reconocimiento a las entidades de gestión más representativas en el sector de una amplia legitimación para recibir las notificaciones procedentes y también para recibir el pago (en paralelo con la legitimación igualmente amplia que se les debe reconocer a efectos del ejercicio de acciones en defensa de los derechos de los titulares¹⁶⁶), con plenos efectos liberatorios para el deudor, y sin perjuicio de los ajustes o abonos que posteriormente hubieran de realizarse¹⁶⁷.

3. El pago del crédito de participación

71. Del pago efectivo del crédito de participación se ocupa el art. 9 LDP, que establece al respecto: “*Efectuada la notificación a que se refiere el apartado primero del artículo 8, los profesionales del mercado del arte harán efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, a los titulares del derecho, en un plazo máximo de dos meses*”. Una vez más, el precepto deja claro que, en el diseño del legislador, el pago habrá de ser realizado ordinariamente por los profesionales que hayan intervenido en la operación –no por el vendedor–, y que tendrá por destinataria a la entidad de gestión –no a los titulares del derecho, a quienes se menciona únicamente de forma residual–. La brevedad del plazo previsto para el pago efectivo (dos meses desde la notificación, que a su vez debe realizarse en el plazo máximo de dos meses desde la reventa) se explica, también en este caso, porque los sujetos obligados al pago siempre han de contar con la posibilidad de poner el importe del derecho de participación a disposición de la entidad de gestión, sin que las posibles dificultades para localizar a los titulares de aquel puedan justificar un posible retraso en el cumplimiento¹⁶⁸.

72. La expresa formulación de un plazo máximo para el cumplimiento de la obligación de pagar podría servir de base para determinar el momento a partir del cual el crédito de participación habrá de devengar intereses de demora a cargo de los profesionales obligados al pago (a menos, quizá, que pudiese justificarse la existencia de graves dudas de derecho sobre la concurrencia en el caso de los presupuestos para el propio nacimiento del crédito de participación). No es este, sin embargo, el criterio que, en el régimen anterior a la LDP de 2008, siguió la SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 diciembre 2006 (*JUR.* 222242), en la que, confirmando el parecer de la sentencia apelada, se atendía a la fecha en que se prac-

¹⁶⁶ Vid. *infra*, VII.4. La relevancia que debe atribuirse a la situación efectiva de monopolio en la que se encuentra VEGAP a efectos de reconocerle una amplia presunción de legitimación activa fue destacada por la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 abril 2005 (*JUR.* 106043) -sobre la cual volvemos posteriormente- cuando señalaba: “*La demandante Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) es, por el momento, la única entidad de gestión existente en España para la gestión de los derechos de carácter patrimonial de los autores de obras plásticas, de creación gráfica, diseño y fotografías, o, cuanto menos no se ha probado la existencia de otra entidad de gestión de dichos derechos en nuestro país*”.

¹⁶⁷ En la línea que apuntaba la citada SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 abril 2005 (*JUR.* 106043) a propósito del art. 24 TRLPI: “*No puede olvidarse que aunque la Ley no establece la gestión obligatoria del derecho de participación de los artistas plásticos por las entidades de gestión, no es menos cierto que, dada la multiplicidad de posibles titulares de derechos de participación en reventa (autor, sucesores ‘mortis causa’ hasta 70 años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor), y pudiendo éstos ser tanto españoles o extranjeros, el cumplimiento de la obligación de notificación de la reventa a que hace referencia el núm. 4 del art. 24 del RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el TRLPI, resulta muy difícil, si no imposible para el vendedor o revendedor conocer quiénes pueden ser los eventuales titulares de dichos derechos y un domicilio para la notificación (lo que no puede servir para eximirse del cumplimiento de dicha obligación), por lo que la intervención de la entidad de gestión correspondiente, en este caso Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), debe considerarse imprescindible*”. En el Derecho francés, los arts. R122-7 y ss. *CPI* (recientemente modificados por Decreto nº 2017-924, de 6 mayo 2017) establecen un sistema en el que todas las entidades de gestión incluidas en la lista elaborada al efecto por el Ministro de Cultura pueden –en defecto de reclamación directa de los beneficiarios– recibir de los profesionales obligados las notificaciones correspondientes al *droit de suite*, debiendo proceder a continuación a realizar las gestiones necesarias para localizar a los beneficiarios acudiendo, en su caso, a las demás entidades incluidas en dicha lista.

¹⁶⁸ No obstante, dado que es posible que el pago haya de realizarse directamente a los titulares, y que estos pueden ser varios (especialmente tras el fallecimiento del autor), quizá hubiera sido conveniente someter expresamente el pago a un régimen de solidaridad activa, en aras de facilitar el cumplimiento de la obligación, tal como hace la *ARRR* británica (*Reg.* (13) (4)): “*Any liability to pay resale royalty in respect of a resale right which belongs to two or more persons as owners in common is discharged by a payment of the total amount of royalty to one of those persons*”.

ticó el correspondiente requerimiento notarial de pago conforme a los arts. 1100 y 1108¹⁶⁹. Más recientemente, la SAP Madrid, Sec. 28^a, de 25 septiembre 2015 (ROJ. SAP M 13647/2015), excluye el pago de intereses moratorios por haber sido parcialmente acogidos los motivos de oposición a la propuesta de liquidación planteada por la entidad demandante, lo que, conforme al art. 1100 CC, impediría apreciar mora del deudor, sin perjuicio de que, una vez liquidada judicialmente la cantidad debida, se devengue el interés ejecutorio del art. 576 LEC¹⁷⁰. Parece claro, en cualquier caso, que el criterio general del art. 1100 CC sí será aplicable en el supuesto excepcional de que el crédito de participación haya de hacerse efectivo reclamando directamente al vendedor, a quien la ley no impone ningún deber de notificación ni un plazo concreto para el cumplimiento de la obligación de pago; de tal manera que la generación de intereses de demora sí debería considerarse supeditada en tal caso a la práctica del requerimiento de pago correspondiente.

73. Según el art. 12 LDP, la acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte estará sujeto al plazo de prescripción de tres años contados desde la notificación de la reventa¹⁷¹. Las dudas que plantea el precepto se refieren fundamentalmente a la delimitación exacta de los supuestos a los que es aplicable. Parece haber un cierto acuerdo en torno a la idea de que con él no se pretende establecer un régimen general de prescripción aplicable a todas las acciones que puedan tener por objeto la reclamación del crédito de participación, sino que ha de aplicarse únicamente a la acción que los titulares del derecho puedan ejercitar precisamente frente a aquellos sujetos –profesionales del mercado del arte– a quienes el art. 8 de la ley impone expresamente el deber de notificar, y solo en la medida en que ese deber haya sido efectivamente cumplido. A estos efectos, parece claro que debe considerarse incluidas en el concepto de “titulares” a las entidades de gestión, que, si bien no son titulares del derecho de participación en sentido estricto, sí son destinatarias de los deberes de notificación y pago impuestos por la ley; no, en cambio, al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que, como se dijo, no tiene derecho a recibir el pago directamente de los sujetos obligados.

En efecto, se entiende que el establecimiento de un plazo de prescripción más breve que el de cinco años previsto en el TRLPI (cfr. arts. 140.3 y 154) para el ejercicio de ciertas acciones derivadas del derecho de autor (coincidente en la actualidad con el plazo general previsto para las acciones personales por el art. 1964 CC, conforme a la redacción dada por Ley 42/2015, de 5 de octubre) encuentra su justificación en el previo cumplimiento del deber de notificar en plazo, que actúa como *dies a quo* por excepción a la regla general del art. 1969 CC, constituyendo así un incentivo adicional para la oportuna práctica de la notificación¹⁷². Fuera, por tanto, del supuesto expresamente regulado por el art. 12 LDP (por

¹⁶⁹ SAP Alicante, Sec. 8^a, de 19 diciembre 2006 (JUR. 222242): “En la tercera alegación del recurso se impugna la condena al pago de los intereses porque la demandada nunca llegó a retener del precio la participación que procedía ni tampoco se constituyó en depositaria de esa participación. La condena al pago de los intereses en la Sentencia recurrida se funda, una vez sentada la obligación solidaria de la mercantil demandada al pago del derecho de participación según dispone el artículo 24.4 TRLPI, en la aplicación de los artículos 1100 y 1108 del CC, pues habiendo una intimación extrajudicial al cumplimiento de su obligación mediante el requerimiento notarial aportado en el acto de la audiencia previa de fecha 25 de octubre de 2000, se constituyó en mora el deudor y, surgió la obligación al pago de los intereses legales desde esa fecha”.

¹⁷⁰ SAP Madrid, Sec. 28^a, de 25 septiembre 2015 (ROJ. SAP M 13647/2015): “Al depender la fijación de la suma líquida a percibir por VEGAP de un proceso contradictorio, donde se ha admitido parcialmente las causas de oposición a la propuesta de liquidación, se ha de entender que dicha suma no era exigible y por tanto no podría generarse la mora del deudor; de acuerdo con el art. 1100 CC. Ello determinará que, una vez líquida la cantidad, devengue el interés ejecutorio del art. 576 LEC”.

¹⁷¹ En el Informe del Consejo de Estado (*op. cit.*, ap. V) se proponía, en aras de facilitar la coordinación del art. 12 con el art. 11, la inclusión de una regla a fin de que la solicitud de información dentro del plazo de tres años interrumpiera la prescripción, al menos cuando se tratara de una solicitud de información precisa y necesaria para poder efectuar la liquidación o reclamación.

¹⁷² En este sentido, resulta especialmente clara la SAP Madrid, Sec. 28^a, de 12 febrero 2008 (AC. 839), que, bajo la vigencia del régimen anterior a la LDP de 2008, estableció que el plazo de prescripción de tres años previsto por el art. 24 TRLPI para exigir la responsabilidad del intermediario no comenzaba a correr en tanto este no hubiera cumplido el deber de notificar impuesto por el mismo precepto, y que, por tanto, resultaba irrelevante el momento en que la entidad demandante hubiera tenido conocimiento de la reventa: “La ‘ratio’ de la norma es patente. El legislador impone al ejercicio de este derecho de participación un plazo de prescripción corto (que contrasta con el más prolongado de 5 años previsto para otras reclamaciones pecuniarias en los arts. 135 y 140 de la LPI), pero lo hace sobre la base segura de que el acreedor (artista o entidad de gestión) se encuentra adecuadamente pertrechado de los medios probatorios capaces de posibilitar un ejercicio razonablemente fundado de la acción de que se trata, lo que se produce, sin duda, cuando dicho acreedor cuenta en su poder con la muy

ejemplo, cuando se trate de la acción ejercitada por los titulares del derecho o por la entidad de gestión directamente frente al vendedor no profesional¹⁷³, cuando la acción se dirija frente a los profesionales del mercado del arte que no hubieran cumplido el deber de notificar la reventa en plazo¹⁷⁴, cuando los titulares del derecho dirijan su acción frente a la entidad de gestión que no hubiera procedido a entregarles su importe¹⁷⁵, o, incluso, cuando sea el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes el que reclame los importes no satisfechos conforme al art. 13 LDP¹⁷⁶), serán aplicables las normas generales en materia de prescripción¹⁷⁷, tanto en lo relativo al plazo (art. 1964 CC)¹⁷⁸, como en lo relativo al *dies a quo* (art. 1969 CC).

4. Las entidades de gestión: su legitimación para la reclamación judicial del derecho de participación

74. Además de las obligaciones a las que las entidades de gestión están sujetas con carácter general conforme a lo previsto en el TRLPI (arts. 147 y ss.), el art. 7 LDP les impone ciertos deberes específicos relacionados con la recaudación y distribución del derecho de participación, siempre con sujeción a los principios de eficacia y transparencia reclamados por la Directiva (cdo. (28)). En concreto, deberán notificar al titular del derecho la realización del pago por parte de los sujetos obligados en el plazo máximo de un mes desde que aquel tuvo lugar, y deberán proceder a la liquidación efectiva en el plazo máximo de un año desde la recepción del pago, salvo que en dicho plazo el titular reclame la liquidación, en cuyo caso esta se efectuará en el mes siguiente a la reclamación.

75. Previamente, el propio art. 7.1 les reconoce en términos muy genéricos la legitimación para reclamar y recibir el pago por cuenta y en interés de los titulares del derecho. Llama la atención la relativa ambigüedad con la que el precepto aborda una cuestión que había venido planteando no pocas dudas en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente a la hora de precisar en qué términos debe reconocerse la legitimación procesal de las entidades de gestión para ejercitar las acciones derivadas del derecho de participación en un sistema de gestión colectiva voluntaria, y no obligatoria. En efecto, la LDP no acaba

precisa y exhaustiva documentación que el revendedor debe de haberle remitido en el trámite de notificación preceptiva que dichos preceptos imponen. (...) En definitiva, pues, la norma quiere que el plazo de prescripción corra en contra del acreedor solamente en el caso de que este se encuentre en poder de esa completa documentación pero no cuando, por falta de la preceptiva notificación, aquél se halla ante el precario trance de acometer por sus propios medios la difícil tarea de obtener pruebas con respecto a las específicas condiciones en las que se ha producido una reventa acerca de la cual no posee otra cosa que la simple noticia de su celebración. Considerando, en consecuencia, que en el supuesto examinado la apelante nunca cumplió con la obligación de notificación legal y reglamentariamente impuesta, no se trata de determinar la virtualidad interruptiva que quepa atribuir a determinados requerimientos practicados si se tiene en cuenta que el plazo de prescripción ni siquiera ha tenido la oportunidad de empezar a correr”.

¹⁷³ GARÍN, *op. cit.*, p. 400.

¹⁷⁴ Informe ALADDA, *op. loc. cit.*

¹⁷⁵ Es dudoso que en este caso sea aplicable el régimen especial de prescripción previsto por el art. 154 TRLPI, que parece más bien pensado para las acciones que tengan por objeto la reclamación de las cantidades recaudadas por las entidades de gestión en el ejercicio de derechos sometidos a criterios especiales de reparto.

¹⁷⁶ En opinión de ROCHA, con referencia al régimen del art. 24 TRLPI (*op. cit.*, p. 181), la obligación de entregar el importe del crédito de participación al Fondo también estaría sujeto al plazo general del art. 1964 CC (por entonces de quince años), lo que significa atribuir a aquel un tratamiento mejor que al propio artista.

¹⁷⁷ Vid. Informe ALADDA, *op. cit.*, p. 129; y, con referencia al Proyecto de 1991 de reforma de la LPI, CASAS, “Notas...”, *cit.*, p. 185, quien, aun reconociendo la oportunidad de establecer un plazo relativamente breve en beneficio de los profesionales que intervienen en la operación (a los que se imponen obligaciones legales que pueden resultar muy gravosas y que carecen de contrapartidas directas para ellos), ponía de manifiesto las dificultades que puede generar la diversidad de plazos de prescripción aplicables a sujetos que, sin embargo, pueden aparecer como responsables solidarios de un mismo crédito. En el mismo sentido, y respecto al art. 24 TRLPI, vid. ROCHA, *op. cit.*, pp. 177 y 181, quien subrayaba la mayor complejidad que esa diversidad de plazos introduce en el proceso de gestión y cobro, y proponía la fijación de un régimen único de prescripción para todos los intervinientes, con un plazo común de cinco años (que coincide con el que actualmente establece el art. 1964 CC, y también con los que maneja el TRLPI), y cuyo cómputo habría de iniciarse en el momento de la reventa (lo que, por cierto, no es la regla general sobre *dies a quo* del plazo de prescripción).

¹⁷⁸ El plazo coincide en su duración actual con el establecido por el art. 140.3 TRLPI, que sin embargo no parece aplicable en este caso (pese a que la Disp. Final 3ª LDP prevé la aplicación supletoria del TRLPI en lo no previsto por aquélla), ya que el mismo se refiere concretamente a la acción indemnizatoria por daños patrimoniales o morales derivados de la infracción de derechos de propiedad intelectual.

de aclarar si es necesario que aquellas acrediten en cada caso haber recibido un encargo específico por parte del autor –como, en principio, correspondería a un sistema de gestión voluntaria–, o si basta con que se cumplan los requisitos genéricos de legitimación establecidos por el art. 150 TRLPI –al que se remite expresamente el apartado 1º del mismo art. 7 LDP–, pese a que sus previsiones parecen más bien indicadas para el ejercicio de derechos de remuneración no susceptibles de una individualización plena y sometidos, por ello, a un régimen de gestión colectiva obligatoria¹⁷⁹. El citado art. 150 TRLPI dispone:

“Legitimación. Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente”.

76. La necesidad de que la entidad gestora acredite su legitimación para el ejercicio del derecho de participación con la aportación, no solo de sus estatutos y de la certificación acreditativa de la autorización administrativa (tal como se derivaría del art. 150 TRLPI), sino también de los documentos justificativos del mandato o cesión específica del derecho por parte de sus titulares o, al menos, de la adhesión de estos a la propia entidad¹⁸⁰, fue defendida en su momento con especial contundencia por la SAP Madrid, Sección 10ª, de 3 marzo 2003 (JUR. 2004/157337), cuando afirmaba:

“Pese a lo dispuesto en la LPI (artículos 24, 145, 147 y 150), no basta con la certificación y autorización administrativa para gestionar los derechos de participación económica de los artistas plásticos cerca de los establecimientos dedicados a la reventa de sus obras, ni basta con la existencia de unos estatutos ‘ad hoc’, sino que es preciso que los autores en cuestión se hayan adherido a la entidad gestora o hayan pactado con ella la gestión de sus derechos. El artículo 7º de esos Estatutos exige, en su párrafo segundo, para ser socios de la entidad, instancia del interesado y acuerdo del Consejo de Administración. Para ser ‘adherido’, exige solicitar la admisión. Es muy difícil para la Sala entender cabalmente cómo y por qué no se cumplen tan elementales requisitos por la apelante, que intentó de forma extemporánea, y mediante fotocopias, subsanar la decisiva omisión de documentos fundantes de su derecho en el momento de su demanda. Aun cuando hubiese sido procesalmente cuestionable, ni tan siquiera ha intentado su aportación, con la debida contradicción, en esta alzada. En estos momentos, cuando se asiste a una seria tensión entre la SGAE y la Administración por la pretensión de aquella de que una nueva normativa sancione un monopolio de gestión y representación, pretensión que, en su esfera, también recaba la apelante, no se entiende que se comporte como si esa pretensión ya hubiese sido satisfecha. Lo cierto es que, mientras no lo sea, necesitará la aportación de los elementales documentos que se le dicen. De no aportarlos, están haciendo un flaco favor a sus representados y un espléndido regalo a establecimientos o empresas como la demandada-apelada”.

77. Distinto fue, sin embargo, el planteamiento seguido por otras resoluciones judiciales, en las que, atendiendo al papel que en las modernas legislaciones se tiende a reconocer a las entidades de gestión colectiva para una efectiva protección de los derechos de autor, se viene a afirmar que aquellas entidades que tienen genéricamente atribuida la tutela de los derechos de los artistas plásticos y gráficos,

¹⁷⁹ Vid., en este sentido, SAP Madrid, Sección 28ª, de 29 mayo 2015 (JUR. 178841): *“La legitimación extraordinaria, propia y de carácter legal del art. 150 del TRLPI, invocada en la demanda, atribuye legitimación a las entidades de gestión respecto de los derechos de ejercicio necesariamente colectivo o para aquellos que requieren una autorización global (exigiéndose también la gestión colectiva para la comunicación pública de obras fijadas en fonogramas y videogramas, conforme a los artículos 108.4 y 116.3 del texto refundido), pero no para el ejercicio de concretos derechos individuales, que sólo podrán actuarse a través de las entidades de gestión, acreditando debidamente la representación que dicen ostentar que ya no encuentran fundamento en la ley, recobrando plena aplicación el art. 264.2 de la LEC”.*

¹⁸⁰ En esta línea parece situarse MACÍ (op. cit., p. 9) cuando señala que “el hecho de que para el vendedor resulte difícil, o prácticamente imposible, tener conocimiento tanto del titular del derecho de participación como de su domicilio (por la posible pluralidad de titulares de este derecho) a efectos de practicarle la oportuna notificación, no puede llevar a predicar prácticamente la irrelevancia de la cesión de derechos que el autor plástico puede o no hacer a la entidad de gestión”.

en virtud de lo previsto en la ley y en sus estatutos, podrán acreditar su legitimación para reclamar el derecho de participación mediante la simple aportación de copia de los estatutos y de la certificación acreditativa de su autorización administrativa, sin necesidad de aportar justificación del encargo expreso o de la adhesión de los titulares; todo ello sin perjuicio de que, en virtud de la regla sobre inversión de la carga de la prueba establecida en el –actual– art. 150 TRLPI, pueda el demandado acreditar la falta de representación de la actora, la autorización del titular, o el previo pago de la remuneración correspondiente. En este sentido se pronunciaba, por ejemplo, la SAP Madrid, Sec. 14ª, de 9 julio 2001 (*JUR.* 272630), cuando señalaba:

“La referida cuestión ha sido objeto de controversia por la doctrina de las Audiencias Provinciales, si bien hoy día la mayoría, entre las que se encuentra esta Sección, estima que la legitimación de las Entidades de Gestión, les viene dada por ministerio de la ley y por vía indirecta o por sustitución, fundamentalmente en base a lo que establecen los arts. 132 y 135 LPI 1987, ya que prevén la existencia de entidades encargadas de la gestión de la explotación de los derechos de autor, siempre y cuando hayan sido previamente autorizadas por el Ministerio de Cultura, señalando el art. 135 que las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, debiendo entenderse, partiendo de lo antes dicho, y como señala la reciente STS (Sala 1ª) de 29 octubre 1999¹⁸¹, que la expresión ‘derechos confiados a su gestión’, puesta en relación con la de ‘en los términos que resulten de sus Estatutos’ se refiere a todos aquellos derechos cuya gestión ‘in genere’ constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, y no sólo a los concretos derechos individuales que mediante contratos con los titulares de los mismos les hayan sido confiados para su gestión, atribuyéndose así a estas Entidades, legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad; como dice la citada sentencia, solo interpretando de esta manera el artículo 503.3 LEC, resultan realmente reconocidos y protegidos los derechos de autor sobre sus creaciones artísticas, porque de exigirse la acreditación individual de cada uno de los autores, al ser éstos un colectivo tan numeroso en cada caso, significaría la inoperancia del ejercicio de tales derechos de propiedad intelectual, como bien pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la actual LPI 1987 cuando dice que es un hecho reconocido por las Instituciones de la Comunidad Europea, que los derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, estableciéndose por tanto una especie de presunción legal favorable a considerar otorgada a dichas Entidades de gestión la representación del colectivo de autores en el caso concreto, como única forma de hacer valer tales derechos realmente, y desplazándose la carga probatoria al demandado, quien en tales casos vendrá obligado a probar que ha pagado la remuneración correspondiente por sus derechos a los autores en cuestión, o bien que éstos han atribuido la gestión a otra entidad distinta de la reclamante, pero cuando, como en el caso de autos, dicho supuesto no se da, es evidente que la entidad actora VEGAP tiene legitimación bastante para la reclamación efectuada, una vez obtenida la correspondiente autorización del Ministerio de Cultura a que se refieren los arts. 132 y 133 LPI 1987 y que fue obtenida por la Orden Ministerial de fecha 5 junio 1990, según resulta de la certificación de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Cultura, aportada con la demanda, sobre lo cual, y según resulta del mencionado documento, es la entidad actora VEGAP, la única autorizada para la gestión de los derechos de propiedad intelectual a los que se refiere la presente litis (en la actualidad, TRLPI 1/1996, de 12 abril, art. 150).

A la gestora de derechos demandante, le bastaba legalmente con aportar al proceso, a efectos de acreditar su legitimación, sólo la copia de sus estatutos, así como certificación acreditativa de su autorización administrativa, lo cual fue cumplimentado debidamente por la citada; de modo que, si bien el demandado podía oponer la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo, o el pago de la remuneración correspondiente, lo cierto es que el referido precepto invierte la carga de la prueba al demandado, pues le exige que en cualquiera de los tres casos sea el propio deman-

¹⁸¹ Se trata en realidad de dos SSTS de la misma fecha (29 octubre 1999, *RJ.* 8165 y 8167), referidas a sendas demandas presentadas por SGAE en relación con ciertos derechos susceptibles de ser ejercitados de forma individual por sus titulares (exigencia de previa autorización para la realización de determinadas modalidades de comunicación pública de fonogramas por medios mecánicos y de transmisión pública mediante aparatos de televisión, y reclamación de indemnizaciones por el uso no autorizado). En ambas se reconoce la legitimación de estas entidades para el ejercicio de derechos confiados a su gestión sin necesidad de acreditar de forma individualizada la encomienda de gestión por parte de sus titulares.

dado quien acredite debidamente su pretensión excluyente; por lo expuesto, y no habiendo acreditado la parte demandada-apelante, la falta de representación de la actora para el cobro de alguno de los porcentajes por derechos de participación objeto del litigio, ni la existencia de una autorización a su favor o de tercero expedida por el titular del derecho exclusivo, como tampoco el pago de la remuneración correspondiente, debe desestimarse la oposición respecto de la pretendida falta de legitimación 'ad causam'".

78. Argumentos similares se recogen en la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 abril 2005 (*JUR.* 106043), pese a que en el caso concreto, al parecer, constaba acreditada la cesión de la gestión o la adhesión de los titulares del derecho de participación a la entidad gestora; mientras que la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 12 febrero 2008 (*AC.* 839), en términos algo más ambiguos, apunta a la posibilidad de distinguir, a los efectos que nos interesan, entre una legitimación abstracta de las entidades de gestión, fundada en el art. 150 TRLPI, y una legitimación concreta, que exigiría la justificación de un encargo específico. Sin embargo, tras observar que la sentencia apelada había considerado suficiente la primera, con base en los mismos criterios manejados en las sentencias anteriormente comentadas, la Audiencia no entra a resolver sobre el fondo del asunto por razones procesales:

“Al articular su excepción de falta de legitimación activa en la instancia precedente, Castellana Subastas de Pintura, S.A. reconoció de forma explícita la legitimación abstracta de VEGAP por el hecho de haber aportado los estatutos y la certificación acreditativa -así se indica explícitamente en la página 15 de dicho escrito- ‘...de estar autorizada por la Administración...’, de manera que únicamente fundaba dicha excepción en la consideración de que ‘...para gestionar el cobro de sus adheridos debe acreditar ostentar su representación...’, acreditación que, desde su punto de vista, no se había producido. La sentencia recaída en primera instancia rechaza dicha excepción argumentando que no resulta necesario acreditar individualizadamente la representación de los artistas plásticos para que la entidad de gestión pueda reclamar judicialmente los derechos cuya defensa tiene legalmente atribuida. Pues bien, en la presente alzada Castellana Subastas de Pintura, S.A., que asume dicho argumento del juzgador ‘a quo’, cuestiona la oficialidad y real existencia de los estatutos presentados por VEGAP así como de la autorización administrativa correspondiente, con lo cual pretende dicha apelante introducir en la segunda instancia un argumento no sólo novedoso sino manifiestamente contradictorio con cuanto había admitido explícitamente en la instancia precedente. Consideración que, por obvias razones, dispensa a la Sala de entrar en su análisis y aboca, sin necesidad de mayores reflexiones, al radical rechazo de dicho argumento”.

79. En el contexto de la legislación vigente, y aun reconociendo que la cuestión no ha quedado resuelta con la deseable claridad, creemos que el art. 7 LDP aporta suficientes datos para entender que el legislador español ha optado conscientemente por supeditar la presunción de legitimación procesal de las entidades de gestión que tienen legalmente encomendada la defensa de los artistas visuales en España (VEGAP), en todo lo relacionado con el derecho de participación, únicamente al cumplimiento de las exigencias generales que se derivan del art. 150 TRLPI, sin exigir la acreditación de un contrato o negocio específico por el que los titulares del derecho hayan encomendado la gestión del derecho. Presunción de legitimación que no solo las habilitará *prima facie* para recibir la información relevante sobre las reventas que recaigan sobre obras protegidas (conforme a los arts. 8 y 11), sino también para recibir el pago efectivo del crédito correspondiente, recurriendo, en su caso, al ejercicio ante los Tribunales de las acciones procedentes.

80. Ciertamente, la necesidad de que medie un mandato o cesión específica parecería encontrar un apoyo en el apartado 2º del propio art. 7 LDP, cuando señala que *“las entidades de gestión notificarán al titular del derecho cuya gestión haya sido cedida que se ha hecho efectivo el pago a que se refiere el artículo 9 en el plazo máximo de un mes desde que éste haya tenido lugar”*. Sin embargo, el argumento no parece definitivo, ya que el precepto alude específicamente al deber de notificación que se impone a la entidad una vez recibido el pago; deber para cuyo cumplimiento se establece un plazo muy breve (un mes) que solo se explica si se entiende que el mismo únicamente será aplicable en aquellos casos en que la entidad de gestión disponga de la información necesaria para identificar y localizar de manera inmediata a los titulares del derecho, lo que, por hipótesis, ocurrirá precisamente en aquellos casos en que estos le hayan conferido expresamente la gestión de su derecho.

81. A favor del criterio proclive a admitir una concepción amplia de la presunción de legitimación cabría alegar, por otro lado, la expresa remisión que el art. 7.1, sin distinguir supuestos, hace al tantas veces citado art. 150 TRLPI para fijar los requisitos de legitimación de las entidades de gestión a efectos del derecho de participación. En el mismo sentido, cabe también aludir al tenor literal del apartado 2º, que, al referirse a la obligación de entregar a los titulares el importe correspondiente al derecho de participación una vez satisfecho por los obligados al pago, impone a la entidad de gestión un plazo distinto en función de que medie o no reclamación expresa por parte de los propios titulares, lo que implícitamente parece estar apuntando a la posibilidad de que la entidad haya recibido dicho pago sin contar con un encargo expreso para ello. Lo anterior sería coherente, por otra parte, con lo establecido acerca de los deberes que incumben a los profesionales intervinientes en la reventa en el art. 8 LDP, del que, como vimos, se deduce que estos han de contar siempre –y especialmente en aquellos casos en que desconozcan la identidad y localización de los titulares del derecho– con la posibilidad de liberarse de sus obligaciones procediendo a notificar la reventa y a pagar el crédito correspondiente a las entidades de gestión. Por último, la posibilidad de que estas entidades puedan recibir el pago del crédito de participación por parte de los obligados sin necesidad de haber sido autorizadas expresamente por los titulares –o, incluso, sin tener plenamente identificados a estos– resulta, incluso con mayor claridad, de lo dispuesto en el art. 13.2 LDP, cuando dispone que “*las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el artículo 7.3 por falta de identificación de éstos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año*”¹⁸².

5. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes

82. La reforma del art. 24 LPI operada por Ley 20/1992 introdujo en su apartado 5º la previsión según la cual los derechos de participación que no hubieran sido oportunamente reclamados por sus titulares habrían de ser ingresados en el llamado “Fondo de Ayuda a las Bellas Artes”¹⁸³. El régimen de esta entidad, adscrita al Ministerio de Cultura, fue desarrollado reglamentariamente por el RD 1434/1992¹⁸⁴, del que se deducía que la obligación de ingresar los derechos no reclamados en el Fondo incumbía, bien a los profesionales que hubieran intervenido en la operación, bien a las entidades de gestión que, habiendo percibido el importe correspondiente, no hubieran podido abonarlo a los titulares del derecho.

83. De este modo, el Fondo venía a configurarse como una especie de acreedor subsidiario o residual¹⁸⁵, cuya inserción en el sistema se pretendía justificar aludiendo, por un lado, a la conveniencia de garantizar que el derecho de participación se abone siempre, evitando que el sujeto obligado al pago pueda ampararse en las dificultades para localizar al acreedor o en la falta de reclamación¹⁸⁶; por otro, a la necesidad de establecer algún mecanismo que garantice un cierto control público en la gestión del derecho de participación¹⁸⁷, habida cuenta de que la especial naturaleza de este puede dificultar su adecua-

¹⁸² En su momento advertía BERCOVITZ (“La Directiva...”, cit., p. 22) acerca de la confusión generada, a su juicio, por el art. 150 LPI, y por la interpretación que del mismo vino a hacer el TS en las SSTs de 29 octubre 1999 (R.J. 8165 y 8167), al atribuir *ex lege* a las entidades de gestión la posibilidad de recaudar derechos cuya gestión no les hubiera sido encomendada (o sin que se hubieran reclamado los resultados derivados de ella) por sus titulares, en la medida en que podía dar lugar a un enriquecimiento sin causa de dichas entidades (trasladado o no a sus miembros). En tal caso, decía el autor, tendría sentido seguir atribuyendo al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes la condición de beneficiario residual del derecho de participación, evitando así que fueran las entidades de gestión las que terminaran apropiándose de un derecho no reclamado por sus titulares. Obsérvese que esta es precisamente la solución finalmente acogida por la LDP en su art. 13.2.

¹⁸³ Con ello quedaba definitivamente excluida la posibilidad de que el vendedor pudiera ejercitar ninguna acción encaminada a recuperar la parte del precio retenida y no reclamada efectivamente por los titulares del derecho de participación, tal como planteaba BALLESTEROS (*op. cit.*, p. 159) antes de la reforma de 1992. Sobre los precedentes de esta figura, vid. CASAS, “Notas...”, cit., pp. 186 y ss.

¹⁸⁴ Si bien su creación efectiva no tuvo lugar hasta la promulgación de la Orden del Ministerio de Cultura 1523/2007, de 24 mayo (BOE. núm. 131, de 1 junio 2007), por la que se crea la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

¹⁸⁵ En nuestro sistema el Fondo nunca ha sido considerado como heredero de último grado respecto al derecho de participación, tal como hacía originalmente la ley italiana (RAMS, *op. cit.*, p. 447).

¹⁸⁶ Informe ALADDA, *op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁷ A ello se refiere el Preámbulo de la LDP cuando explica que la existencia del Fondo constituye una forma de garantizar

do control por parte de los propios titulares; y, por último, a la oportunidad de aprovechar los importes no cobrados para financiar la política cultural de las Administraciones Públicas.

84. Del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes se ocupa en la actualidad el art. 13 LDP¹⁸⁸, cuya principal novedad respecto al modelo de la LPI reside en que solo habrán de ser ingresadas en él –en el plazo máximo de un año– aquellas cantidades que, habiendo sido percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación, no hubieran sido repartidas a sus titulares dentro del plazo establecido en el art. 7.3 por falta de identificación de los mismos, y sobre las que no pese reclamación alguna; lo que, como hemos apuntado anteriormente, abona la idea de que el legislador da por sentado que serán habitualmente las entidades de gestión las destinatarias del pago realizado por los sujetos obligados, que en ningún caso habrán de ingresar directamente en el Fondo los importes correspondientes. De este modo, el papel de este deja de ser el de un acreedor residual para convertirse, más bien, en un simple beneficiario del derecho de participación; con la importante particularidad de que su función no es la de un depositario temporal, encargado de custodiar los importes ingresados a disposición de los verdaderos titulares que pudieran aparecer, al menos, dentro de un plazo determinado, sino que su adquisición ha de considerarse, al parecer, definitiva¹⁸⁹.

85. En cualquier caso, las modificaciones introducidas en el régimen del Fondo no permiten disipar las numerosas dudas que su propia existencia ha suscitado en la doctrina¹⁹⁰, que ha puesto de manifiesto la dificultad para justificar que un derecho de naturaleza estrictamente privada, como es el de participación, pueda ser aprovechado para financiar políticas públicas de cultura o asistencia social, en perjuicio, no solo de los sujetos obligados al pago –que se ven así privados de la posibilidad de aprovechar los efectos beneficiosos de la prescripción, en contra de las reglas generales en la materia¹⁹¹–, y de las entidades de gestión de derechos de autor –que podrían haber sido consideradas, no sin justificación, como beneficiarias residuales del derecho¹⁹², sino también de los propios titulares del derecho de participación, que se ven igualmente abocados a perder definitivamente su derecho si no llegan a hacerlo efectivo antes de que transcurran los breves plazos contemplados por el art. 7.3 (un año desde que la entidad de gestión recibió el pago, salvo que en ese plazo se produzca la reclamación por parte del titular, en cuyo caso este deberá recibir el importe correspondiente en el plazo de un mes). Ello supone otra inexplicable derogación del régimen general de la prescripción de derechos, ya que no solo se ignora el plazo de cinco años que, en buena lógica, debería aplicarse al derecho que corresponde a los titulares frente a la entidad de gestión¹⁹³, sino que también se excluye *a radice* la posibilidad de un pago voluntario posterior al transcurso del plazo de prescripción. Constituye además una grave incoherencia interna de la ley, que, como vimos, reconoce a los titulares del derecho y a las entidades de gestión un plazo de tres años para recabar información sobre la reventa (art. 11.1), y fija también un plazo de prescripción

un cierto control público sobre la correcta administración del derecho de participación, y a tal efecto se le encomienda la elaboración de un informe anual sobre la base de la información que le proporcionen las entidades de gestión.

¹⁸⁸ Vid. también Disp. Final 4^a de la Ley.

¹⁸⁹ Advierte ROCHA (*op. cit.*, p. 181) que en el sistema español las cuantías correspondientes al derecho de participación son atribuidas al Fondo a título definitivo, y no, como sucede, por ejemplo, en California, donde la cantidad entregada al *California Arts Council* se entiende depositada provisionalmente a disposición del autor (sección 986, apartado (a) (5) del *Civil Code*). Vid. también art. 154.6 TRLPI, en el que se reconoce a las entidades de gestión la posibilidad de destinar una parte de los importes recaudados y no reclamados por los autores, una vez transcurridos determinados plazos, a diversos fines institucionales que precisa el art. 154.5, pero “*sin perjuicio de las reclamaciones de los titulares sobre dichas cantidades no prescritas*”.

¹⁹⁰ BERCOVITZ (“La Directiva...”, *cit.*, p. 21) considera incluso que las previsiones de la Directiva en cuanto a los posibles titulares o beneficiarios del derecho de participación, al referirse únicamente al autor y a sus derechohabientes *mortis causa*, no resultan compatibles con el mantenimiento del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes como beneficiario subsidiario del mismo. Vid., no obstante, art. 14 *ter* del Convenio de Berna, que refiere la titularidad del derecho de participación al autor o, después de su muerte, “*a las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos*”.

¹⁹¹ Lo advertía RAMS (*op. cit.*, p. 450) respecto al vendedor.

¹⁹² En este sentido, ROCHA, *op. cit.*, pp. 178-179.

¹⁹³ Cfr. art. 1964 CC y art. 154, números 3 y 4, del TRLPI. En Italia, el art. 154.2 del *Codice di diritto d'autore* prevé que las cantidades recaudadas por la *Società italiana di autori ed editori* (SIAE) y que no hayan podido ser entregadas a sus titulares se mantendrán durante cinco años a disposición de aquellos, antes de ser entregadas al ENAP.

de tres años desde la notificación para el ejercicio por los titulares de la acción de pago frente a los profesionales intervinientes en la operación (art. 12)¹⁹⁴.

VIII. Conclusiones

86. El futuro del derecho de participación de los artistas visuales en el contexto del actual mercado del arte -muy competitivo y fuertemente condicionado por el fenómeno de la globalización- dependerá fundamentalmente de dos tipos de factores: por un lado, la continuidad en el proceso de expansión y armonización del derecho a nivel internacional; por otro, la articulación de mecanismos de gestión y recaudación eficaces, ágiles y económicos que eviten convertirlo en un inútil obstáculo para el buen funcionamiento del mercado. En lo que se refiere al primer aspecto, es indudable que tanto el Convenio de Berna como la Directiva 2001/84 supusieron en su momento avances importantes, ya que el reconocimiento del *droit de suite* parece ir abriéndose camino lenta y dificultosamente incluso en países que tradicionalmente se mostraron reticentes a su incorporación, y también en aquellos que en el futuro próximo están llamados a asumir un papel protagonista en el mercado del arte. Quedan abiertas, sin embargo, las incertidumbres que puede generar el *Brexit* y sus imprevisibles consecuencias sobre la actitud que en el futuro pueda adoptar un actor tan importante e influyente en este sector como es el Reino Unido. En cuanto al segundo aspecto, el proceso iniciado en el ámbito europeo con la Directiva 2001/84 -llamado a servir de base para una imprescindible armonización a nivel internacional-, ha dejado todavía muchos cabos sueltos en aspectos fundamentales de la regulación del derecho de participación (tanto en España como en otros países de nuestro entorno) que inciden negativamente sobre la operatividad del sistema, poniendo en peligro su propia sostenibilidad de cara al futuro. En este sentido, resulta necesario insistir sobre la conveniencia de solucionar en lo posible las dudas que en la actualidad -y pese a la relativa clarificación aportada en algunos extremos por la Directiva- siguen planteándose a la hora de delimitar con precisión algunos de sus elementos fundamentales (p. ej., obras protegidas, sujetos obligados, beneficiarios directos e indirectos, negocios que activan el derecho, papel de las entidades de gestión colectiva, etc.). La clarificación de estas dudas (que debería abordarse preferiblemente en el terreno normativo, sin perjuicio de las imprescindibles aportaciones jurisprudenciales, doctrinales y profesionales; y preferiblemente a nivel de la UE, sin perjuicio de los márgenes que hayan de reconocerse a los legisladores nacionales) constituye un presupuesto ineludible para facilitar la gestión del derecho, evitando en lo posible los costes inherentes a la incertidumbre y a la consiguiente litigiosidad. A tal efecto, no debería perderse de vista en ningún momento lo que ha sido una constante en el lento y laborioso proceso histórico de construcción del propio *droit de suite*: la conveniencia de dotarlo de una configuración técnica simple, segura y viable, aun a costa de asumir soluciones que puedan resultar discutibles desde el punto de vista de su propio fundamento teórico.

¹⁹⁴ Sobre las dificultades para coordinar el régimen de prescripción de las acciones relacionadas con el derecho de participación y la intervención del Fondo había advertido ya CASAS ("Notas...", cit., pp. 188 y ss.), al hilo de los trabajos que dieron lugar a la reforma de la LPI en 1992; vid. también BERCOVITZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 387, con referencia al art. 24 LPI.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES INDOCUMENTADAS EN ESPAÑA CON ARREGLO AL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

PROTECTION OF UNDOCUMENTED MIGRANT PERSONS IN SPAIN UNDER INTERNATIONAL AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW

DOROTHY ESTRADA TANCK

*Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Europeo de Florencia, Italia
Profesora de Derecho Internacional Público y RR. II.
Universidad de Murcia*

Recibido: 31.05.2017 / Aceptado: 09.06.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3873>

Resumen: Este artículo trata sobre el régimen jurídico de protección de las personas migrantes indocumentadas en España, realizando una cartografía integral de los instrumentos internacionales y europeos de derechos humanos que les resultan aplicables y contrastando dicho marco jurídico con la normatividad y la práctica en el país. El trabajo identifica de modo temático y casuístico los riesgos y vulnerabilidades que enfrentan las personas migrantes en España y en la UE, y los examina de modo crítico y a la vez propositivo a la luz de los principios de igualdad y no-discriminación, la jurisprudencia de los órganos de NU y del TEDH, así como de las herramientas protectoras del propio orden jurídico español.

Palabras clave: migrantes, derecho internacional de los derechos humanos, derecho europeo de los derechos humanos, migrantes en España, vulnerabilidad.

Abstract: This article addresses the legal regime of the protection of undocumented migrants in Spain, integrally mapping the international and European human rights instruments that are applicable to them and contrasting such legal framework with the normativity and practice in the country. It identifies in a thematic and casuistic way, the risks and vulnerabilities confronted by undocumented migrants in Spain and the EU, and examines them critically and at the same time constructively under the light of the principles of equality and non-discrimination, the jurisprudence of UN bodies and the ECHR, as well as the protective tools provided by the Spanish legal system itself.

Keywords: migrants, international human rights law, European human rights law, migrants in Spain, vulnerability.

Sumario: I. Introducción. II. Marco jurídico internacional sobre los derechos humanos de las personas migrantes: el sistema de Naciones Unidas. 1. Instrumentos de derechos humanos aplicables a las personas migrantes. A) Principales tratados internacionales, órganos de supervisión e interpretaciones. B) Relator de Naciones Unidas, OACNUDH y Declaración de Nueva York. C. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. III. El sistema europeo de derechos humanos: Consejo de Europa y UE. 1. Consejo de Europa. 2. Unión Europea. IV. Marco jurídico y práctica en España a la luz de los derechos humanos. 1. Retos generales, igualdad y no-discriminación. 2. Derecho humano a la salud y otros derechos económicos, sociales y culturales (DESC). 3. Riesgo y vulnerabilidad agravada para mujeres y niñas migrantes. 4. Violaciones en frontera y devoluciones ‘en caliente’. V. Reflexiones finales.

1. Introducción

1. El análisis de la migración como fenómeno típicamente transnacional invita a una reflexión más profunda acerca de la relación que guarda con ella el sistema jurídico internacional como una de las herramientas principales de su normativización. El Derecho Internacional Público ha abordado la protección de las personas migrantes mediante distintos instrumentos, particularmente a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, el Derecho Europeo de los Derechos Humanos –tradicionalmente entendido como aquél que deriva del Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero integrado también por las normas en materia de derechos humanos de la Unión Europea (UE)–, juega un importante papel en la protección de los derechos de las personas que migran de su país de origen o residencia.

2. Este marco jurídico protector parecería en ocasiones contrastar con la realidad empírica. En efecto, las personas migrantes, en especial las personas migrantes indocumentadas, así como otros migrantes como las personas solicitantes de asilo y las refugiadas, enfrentan diariamente situaciones de vulnerabilidad, inseguridad humana e incluso indefensión en distintas partes del mundo, incluida España. Esta condición es marcadamente patente en el caso de las mujeres, niñas y niños.¹

3. Los movimientos migratorios actuales, si bien no son nuevos, sí demuestran un crecimiento exponencial de los flujos desde Siria, Iraq y Afganistán, mayoritariamente a Turquía, Jordania y Líbano, y en menor medida, a Europa. La terrible tragedia de miles de personas que han fallecido en el mar tratando de llegar a las costas europeas del Mediterráneo ha crecido dramáticamente desde 2015 a los primeros meses de 2017, con el resultado de más de 5,000 muertes registradas sólo en 2016.²

4. En el presente artículo se argumenta que los riesgos severos que confrontan las personas migrantes indocumentadas –varias de ellas potenciales refugiadas–, presentan retos jurídicos en términos de la verdadera universalidad de los derechos humanos cuando ésta se analiza a la luz del estatus migratorio irregular. Su situación abre también preguntas desde la perspectiva práctica, habida cuenta de que la falta de protección experimentada por las personas migrantes indocumentadas se ha agravado con la crisis económica de los últimos años en Europa y en España, el aumento de los flujos de movilidad humana, la rigidización de la normatividad migratoria y la criminalización de las acciones de ayuda a las personas migrantes.³

5. Frente a estas realidades recientes, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha recordado que “el derecho internacional de los derechos humanos requiere que los Estados protejan los derechos humanos de todos sin discriminación” y ha enfatizado que en vista de las realidades migratorias contemporáneas “considera particularmente pertinente que se garantice que estas protecciones de derechos humanos sean efectivas y accesibles a todas las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio”.⁴

¹ Véase, e.g., AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe sobre los Derechos Humanos en España*, 2016, disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/espana/#c30834>; RELATORA ESPECIAL DE NU SOBRE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, *Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de NU* (UNGA A/66/215), 2011; así como, de reciente publicación, REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PERSONAS MIGRANTES, Tomáš Boček, *Informe temático sobre niñas y niños migrantes y refugiados*, marzo de 2017.

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES (OIM), ‘Missing Migrants Project, Migrant Fatalities Worldwide’, actualizado a abril de 2017, disponible en <http://missingmigrants.iom.int/latest-global-figures>, y T. BRIAN, y F.LACZKO (editores), *Fatal Journeys: Tracking Lives Lost during Migration*, International Organization for Migration, 2014.

³ Véase, e.g., V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, 2015. Sobre el incremento del control fronterizo de la UE, véase, por ejemplo, ‘Cronología - Respuestas a las presiones migratorias’, actualizada a febrero de 2017, en <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/migratory-pressures/history-migratory-pressures/>

⁴ OACNUDH, ‘Intervener Brief filed by the United Nations High Commissioner for Human Rights, pursuant to leave granted by the Court on 9 October 2015’, en el caso del TEDH, *N.D. y N.T. v España*, N.º 8675/15 y 8697/15, Decisión de admisibilidad, 30 de julio de 2015, párr. 2 (traducción propia).

6. Sobre la base del marco jurídico internacional y europeo existente, y a la luz de los riesgos que enfrentan las personas migrantes indocumentadas, el presente artículo se plantea que el Derecho en España –incluyendo disposiciones normativas e interpretaciones judiciales–, puede y debe enriquecerse a través del Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, para hacer frente a las amenazas nacionales y transnacionales que afectan los derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas.

7. En ese contexto, específicamente por “persona migrante indocumentada”, este artículo entiende de las personas sin un permiso de residencia que les autorice a permanecer regularmente o trabajar en el país de destino. Es posible que no hayan tenido éxito en el procedimiento de asilo, hayan sobrepasado el tiempo de estancia permitido por sus visas o que hayan entrado irregularmente al país de destino. Las rutas para llegar a ser una persona migrante indocumentada son complejas y, en ocasiones, el resultado de políticas arbitrarias y procedimientos sobre los cuales la persona migrante tiene poco o ningún control.

8. Una vez definido el sujeto de atención del presente estudio, este artículo analizará algunos aspectos destacados de los principales regímenes normativos y judiciales del Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos que afecta a las personas migrantes indocumentadas. En primer lugar, se evalúa el marco jurídico formal de tratados internacionales, así como los desarrollos normativos e interpretativos, a nivel de Naciones Unidas y posteriormente aquéllos del ámbito regional del Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de la UE. Sobre esa base normativa, se examinará después el marco jurídico y la práctica en España a la luz de los parámetros internacionales de derechos humanos, sistematizando y agrupando algunos de los principales problemas detectados por tema de análisis y el tipo de preguntas específicas que cada uno provoca.

9. Por último, se apuntarán una serie de reflexiones y de conclusiones derivadas del análisis conceptual, casuístico y práctico presentado. En ellas se sugiere que debe trabajarse de forma más activa en la relación Derecho Internacional de los Derechos Humanos-Sistema Europeo de Derechos Humanos con el Derecho Español como modelo de protección más efectiva de los derechos humanos de las personas migrantes, especialmente aquellas en condición de mayor vulnerabilidad.

II. Marco jurídico internacional sobre los derechos humanos de las personas migrantes: el sistema de Naciones Unidas

10. Como punto de partida, recordemos que sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación, comunes a todo el Derecho Internacional Público, el marco jurídico de las Naciones Unidas ha reafirmado repetidamente los derechos humanos de todas las personas, entre las cuales como es evidente se incluyen las personas migrantes, y la prohibición de la discriminación basada en distintas casusas, entre ellas el origen nacional o social o cualquier otra condición.⁵

1. Instrumentos de derechos humanos aplicables a las personas migrantes

11. Con base en el punto de partida mencionado, la comunidad internacional de Estados (con la participación de otros actores como organizaciones no gubernamentales y partes interesadas) ha ido construyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como una de las expresiones del Derecho Internacional Público, que contempla y protege a todas las personas migrantes, documentadas e indocumentadas de la manera que aquí se examina.

12. Debe recordarse que España es parte de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, en el marco del sistema internacional de derechos humanos, puede citarse primeramente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aplicable a todos los seres

⁵ Véase el fundamento general en los artículos 1(3) y 55 de la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la mención específica en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

humanos, independientemente de su condición migratoria, y aceptada hoy en día como costumbre internacional, es decir, como una de las fuentes primarias del Derecho Internacional Público, con base en el artículo 38. 1a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

13. Específicamente el artículo 2.1 de la DUDH afirma que *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

A) Principales tratados internacionales, órganos de supervisión e interpretaciones

14. Bajo el ‘paraguas normativo’ de la DUDH, a través de los años se han ido adoptando una serie de tratados internacionales de derechos humanos que conforman una sólida estructura normativa, que concretan los derechos humanos de todas las personas, crean mecanismos jurídicos para su supervisión e interpretación y prestan atención particular a grupos específicos con necesidades diferenciadas.

15. A nivel de tratados, como otra fuente primaria del Derecho Internacional Público, España es Estado Parte de los principales tratados internacionales de derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (PIDESC); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965) (CERD); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) (CEDAW, por sus siglas en inglés); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) (CAT, por sus siglas en inglés); la Convención sobre Derechos de la Niñez (1989) (CDN); la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006) (CDF); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008) (CDPD), todos los cuales son directamente aplicables a *todas* las personas, incluyendo como queda claro del lenguaje universalista en ellos utilizado, a las personas migrantes indocumentadas, en proceso de documentarse y documentadas.⁶

16. Asimismo, a la vista de la situación actual de refugiados en Europa, y aunque el presente artículo no aborda a profundidad la situación particular de las personas solicitantes de asilo, es relevante tener presente que España también es parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y de su Protocolo de 1967.⁷ Ello debe mantenerse en mente en tanto que en la vida real los flujos migratorios no llegan clasificados de forma ordenada y clara como las categorías jurídicas creadas a estos efectos: existen personas que en un primer momento llegan al país receptor de forma indocumentada y no sólo en la frontera sino también en el territorio y ya pasado un tiempo o desde su entrada al mismo, solicitan la protección internacional que comprende las dos figuras de refugio y la protección subsidiaria; y al contrario, algunas de las personas solicitantes de asilo a lo largo de su proceso de solicitud, caen en situaciones de irregularidad administrativa/migratoria y por tanto entran en el terreno de las personas migrantes indocumentadas.⁸

17. Debe tenerse presente que cada uno de los tratados internacionales de derechos humanos mencionados ha establecido un Comité de expertos encargado de supervisar la aplicación del tratado por los Estados Partes. Algunos de los tratados se complementan con protocolos facultativos relativos

⁶ El restante tratado principal de derechos humanos, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM) y la posición de España respecto del mismo, se abordará en el siguiente apartado.

⁷ Dicha normativa internacional se ve reflejada en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE, núm. 263, de 31 de octubre de 2009. Para un análisis más completo de las implicaciones de esta pertenencia, véase, e.g., M.T. GIL-BAZO, ‘Refugee Status, Subsidiary Protection, and the Right to be Granted Asylum under EC Law’, Research Paper No 136, Refugee Studies Centre, Oxford University, UK-UNHCHR Policy Development and Evaluation Service, November 2006.

⁸ Véase datos en MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Perspectiva Jurídica 2016*, Comisión Jurídica y de Asuntos Internacionales, Informe Anual 2016.

a preocupaciones específicas. Estos órganos de supervisión de los tratados también han confirmado reiteradamente, en particular en los últimos quince años, la aplicabilidad de todos los derechos humanos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– a las personas migrantes y la prohibición de la discriminación basada en el origen nacional o *en el estatus migratorio*.

18. A nivel de las disposiciones e interpretaciones de dichos Comités más estrechamente relacionadas con las personas migrantes, debemos considerar el artículo 27 del PIDCP, que se refiere a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas (que frecuentemente integran a personas migrantes); el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez y el artículo 5 de la *Declaración y Programa de Acción de Viena* (1993); la *Declaración de NU sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven* (1985); la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Humanos –órgano que supervisa el cumplimiento del PIDCP–, sobre la *Situación de los extranjeros de conformidad con el PIDCP* (1986); la Observación General N° 23 también del Comité de Derechos Humanos, *Los derechos de las minorías (artículo 27)* (1994), que indica que los derechos del artículo 27 del Pacto también se aplican a los trabajadores migrantes; la Recomendación General No. 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Discriminación contra los no ciudadanos* (2004); la Observación General No. 6 del Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados fuera de su país de origen* (2005); y la Recomendación General No. 26 sobre *Trabajadoras Migratorias*, así como la Recomendación General No. 32 sobre *las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres*, ambas del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2008 y 2014, respectivamente).

19. Los distintos órganos de supervisión de tratados del sistema de Naciones Unidas, además de formular estas interpretaciones generales, han resuelto casos individuales de quejas por violaciones a los derechos contenidos en cada tratado, presentados contra los Estados Parte del tratado correspondiente, incluido España. Los distintos casos concernientes a España se estudiarán de forma temática más adelante en cada sección correspondiente del apartado referido al marco y práctica en el país.

20. Una inquietud frecuente formulada por los Estados es que la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas podría restringir los poderes soberanos del Estado en materia de migración o poner en peligro la estabilidad económica y el bienestar de la población nacional. A este respecto, Ruth Rubio Marín y Cristina Rodríguez han argumentado que el propio marco de los derechos humanos ofrece los mecanismos de equilibrio suficientes para permitir el ejercicio de las facultades del Estado, mientras que al mismo tiempo promueve un estándar coherente de respeto y protección de titularidades humanas fundamentales, pilar central de las democracias constitucionales –muchas de ellas países receptores de migración–. Esta “concesión derechos humanos-soberanía” puede arrojar luz sobre las formas de enfrentar el dilema que las medidas contra la inmigración irregular sin duda representa para la idea de personalidad universal y dignidad humana.⁹

21. En este sentido, con base en el marco jurídico descrito, es necesario enfatizar que, al abordar los derechos de las personas migrantes, el punto de partida en el debate no es –como a menudo se pretende–, la soberanía nacional de los Estados y su capacidad para regular fronteras territoriales, sino más bien lo que el Derecho o los diferentes sistemas jurídicos, tienen que decir acerca de tales derechos y los principios que los sustentan.

B) Relator de Naciones Unidas, OACNUDH y Declaración de Nueva York

22. El Relator Especial de NU sobre Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau, que analiza la situación de derechos humanos de las personas migrantes en todos los países del mundo

⁹ B. RODRÍGUEZ RUIZ y R. RUBIO-MARÍN, “The constitutional status of irregular migrants: testing the boundaries of human rights protection in Spain and the United States”, en M.B. DEMBOUR y T. KELLY (eds), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, Routledge, (2011), pp. 73-98 (traducción propia). Las autoras se refieren a esta concesión o balance como el *human rights-sovereignty compromise*.

–independientemente de la pertenencia o no de cada Estado a los tratados de derechos humanos– destacó una tendencia preocupante. El Relator hizo notar las declaraciones de algunos servidores públicos y medios de comunicación en el sentido de considerar que los inmigrantes que llegan a un Estado y no han sido invitados a venir o a entrar, de algún modo no gozan de los mismos derechos que el resto de las personas. Ello ha dado lugar a la creación de espacios de discrecionalidad administrativa basada en una especie de creencia subyacente de que existen dos tipos de derechos humanos, los de los ciudadanos y los de una categoría de segunda clase, merecidos por los no-ciudadanos. Es necesario subrayar, sin embargo, como lo aclaró el Relator, que el Derecho Internacional es firme en indicar que todos los derechos humanos existen para ser disfrutados por todos los seres humanos, con las únicas excepciones permitidas por el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁰

23. Así, el paradigma universal de los principios rectores de derechos humanos sostiene que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, y por tanto no deben ser discriminadas. Sin embargo, la universalidad de los derechos humanos parece ser puesta en duda cuando se confronta con la condición de las personas migrantes. En efecto, “a pesar de la universalidad teórica de los derechos humanos, en la realidad ciertas características como la nacionalidad o el estatus legal formal pueden afectar significativamente el alcance de los derechos que de hecho se conceden a una persona”.¹¹

24. La aplicación progresivamente severa de las restricciones de inmigración, puede dejar y de hecho deja a las personas fuera del derecho o invisibles para el derecho, y por lo tanto en una condición de vulnerabilidad. Paradójicamente, la implementación rigurosa y a menudo arbitraria del derecho administrativo en materia migratoria parece estar obstaculizando la aplicación efectiva y los fines de los derechos humanos y el derecho laboral.

25. En ese contexto, en un estudio de 2013 sobre el marco migratorio de la UE,¹² y el seguimiento realizado en 2015 –en plena ‘crisis’ de refugiados–, el Relator de NU recomendó que la UE reconociera plenamente los factores de empuje y atracción de la migración irregular, incluida la que se realiza por mar, y la responsabilidad de la UE en la gestión y mitigación de los mismos. Al dar prioridad a los canales regulares de migración, el Relator recomendó que la UE asumiera un papel de liderazgo mundial en relación con la guerra civil siria y otras crisis humanitarias y redujera el mercado para el tráfico de personas migrantes mediante el desarrollo, en colaboración con otros Estados del Norte, de oportunidades de reasentamiento para que la UE pudiera albergar a más de un millón de personas refugiadas del mundo (0,2% de la población total de la UE) durante un periodo de varios años.¹³

26. Por su parte, reconociendo también la complejidad del respeto de los estándares de derechos humanos en situaciones de presiones migratorias en las fronteras estatales y en un mundo dividido por

¹⁰ Declaraciones de F. CRÉPEAU en el “Debate sobre la gestión de las fronteras exteriores de la UE y su impacto sobre los derechos humanos de los migrantes: la experiencia italiana. Una consulta entre el Relator Especial de NU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. François Crepeau, la sociedad civil y el mundo académico”, organizado por el Migration Policy Centre, Centro Robert Schuman de Estudios Avanzados del Instituto Universitario Europeo de Florencia (IUE), con el apoyo de Open Society Foundation, y celebrado en el IUE en Florencia, Italia, el 3 de octubre de 2012. Registro personal. Véase el comunicado de prensa “Relator Especial de NU sobre los derechos humanos de los migrantes concluye su visita al tercer país de su estudio regional sobre los derechos humanos de los migrantes en las fronteras de la Unión Europea: Italia”, Roma, 8 de octubre de 2012, en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12640&LangID=E>

¹¹ J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2007, p. 12. Véase también en este sentido M.J. ANÓN (editora), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004; y A. SOLANES CORELLA, (editora), *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010.

¹² RELATOR ESPECIAL DE NU SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, F. CRÉPEAU, ‘Report on the Regional Study on the Management of the External Borders of the European Union and its Impact on the Human Rights of Migrants’, A/HRC/23/46, 2013.

¹³ RELATOR ESPECIAL DE NU SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, F. CRÉPEAU, ‘Banking on Mobility over a Generation: Follow-up to the Regional Study on the Management of the External Borders of the European Union and its Impact on the Human Rights of Migrants’, A/HRC/29/36, 8 de mayo de 2015, párrs. 98 y 100 (traducción propia).

jurisdicciones territoriales de Estados, los organismos de derechos humanos han realizado esfuerzos para proporcionar criterios más claros sobre cómo enfrentar tales desafíos. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) emitió en 2014 los *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales*, resultantes de consultas llevadas a cabo con una amplia gama de expertos y partes interesadas. Sobre la base de tres principios que consisten en la primacía de los derechos humanos; la no-discriminación; y la asistencia y protección contra cualquier daño, el instrumento contiene 10 directrices concretas sobre la gestión de las fronteras internacionales.

27. Los Principios reiteran, sin embargo, que el punto de partida es la afirmación de que el respeto de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su nacionalidad, situación migratoria u otras circunstancias, facilita la gobernanza efectiva de las fronteras. Bajo una óptica ética y jurídica, pero a la vez pragmática, los Principios enfatizan que

Las políticas cuyo objetivo no es la gestión de la migración sino su restricción a toda costa sólo sirven para exacerbar los riesgos a los que se exponen los migrantes y crear zonas de ilegalidad e impunidad en las fronteras; además, en última instancia, resultan ineficaces... Por lo tanto, [las] Directrices se recomiendan a los Estados y a otras partes interesadas no sólo por su obligación de hacer que los derechos humanos sean una prioridad en las medidas de gobernanza de sus fronteras, sino también porque les beneficia que así sea.¹⁴

28. Como tal, el documento reconoce las realidades empíricas del sufrimiento de las personas migrantes, le da voz y forma a las inquietudes por ellas expresadas,¹⁵ y tiene la intención de orientar la acción del Estado y adaptar la implementación de los derechos humanos a las situaciones migratorias contemporáneas, mediante lineamientos concretos.

29. Así, los Principios reiteran la perspectiva de que el Derecho Internacional Público se ha construido, entre otros factores, precisamente a través del entendimiento progresivo de la soberanía del Estado como la responsabilidad de velar por una serie de valores y condiciones de vida respecto de las personas bajo su jurisdicción, *qua* personas con dignidad, como una razón suficiente para el reconocimiento jurídico y el disfrute del conjunto de sus derechos.¹⁶ En ese sentido, la primera afirmación que tendría que señalarse es que los derechos humanos universales son, en principio, aplicables a todas las personas migrantes, documentadas e indocumentadas, a las personas solicitantes de asilo y refugiadas. Es decir, no se necesita “un visado o un permiso de residencia para tener derecho a los derechos humanos. *Simplemente nacer es el pasaporte para acceder a la protección de los derechos humanos*”.¹⁷

30. Esta postura ha sido reiterada por la ‘Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes’, aprobada el 19 de septiembre de 2016 tras la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes. En ella, los Jefes de Estado y de Gobierno y Altos Representantes, entre ellos el de España, reafirmaron los derechos humanos de todos los refugiados y migrantes, independientemente de su condición, y se comprometieron a proteger plenamente esos derechos.¹⁸

¹⁴ OACNUDH, *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales*, OACNUDH, Ginebra, Suiza, 2014, párr. 4, pp. 2-3.

¹⁵ Sobre la importancia de dar voz a las personas migrantes en relación con las políticas que les afectan, véase F. CRÉPEAU, ‘Smugglers Will Always Outwit, Outpace And Outfox The Governments’, Interview with François Crépeau, United Nations Special Rapporteur on the human rights of migrants on the so-called “migration crisis” in Europe, in *Sur International Journal on Human Rights*, No. 23, julio de 2016, p. 03.

¹⁶ En este sentido, véase A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, segunda edición, 2005, p. 45.

¹⁷ M. KJAERUM, Director de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, “La dignidad y los derechos de los migrantes irregulares”, 4ª Conferencia de Derechos Fundamentales, Varsovia, Polonia (21 y 22 de noviembre de 2011), p. 2 (traducción propia; cursivas propias; subrayado en original). Disponible en <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/MK-Speech-FRC-NOV2011.pdf>

¹⁸ Resolución 71/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas, párr. 5.

31. Recordaron que “aunque el trato que se les dispensa se rige por marcos jurídicos separados, los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales”,¹⁹ apunte y aclaración importante habida cuenta de algunas propuestas políticas en Europa que actualmente colocan a las personas migrantes como una especie de ‘ciudadanos de segunda categoría’, como ya hacía notar el Relator Especial de NU sobre derechos humanos de los migrantes, Francois Crépeau. Esta concepción no se queda sólo en posiciones políticas que pudieran calificarse de extrema derecha o populistas, sino que con frecuencia se encuentran ‘objetivizadas’ y ‘juridizadas’ a través de los derechos nacionales en materia de control de fronteras y de extranjería de varios Estados, incluida España, como veremos en el presente artículo.

32. Al respecto, cabe recordar que mediante la Declaración de Nueva York los Jefes de Estado y de Gobierno y Altos Representantes se comprometieron a trabajar para concertar en 2018 un pacto mundial sobre la cuestión de las personas refugiadas y un pacto mundial para la migración ‘segura, ordenada y regular’.

C) Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

33. De toda la estructura de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, uno de los nueve tratados internacionales fundamentales se refiere a las personas migrantes, en particular a los trabajadores migratorios y sus familiares. En efecto, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de *Todos* los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM), adoptada en 1990 y en vigor desde 2003, desde el punto de partida de su nombre se refiere a los derechos de *todos* los trabajadores y trabajadoras migratorios, es decir, tanto documentados como indocumentados, así como a los miembros de sus familias. La CTM en la Parte IV también establece derechos adicionales específicos para las y los trabajadores migratorios documentados.²⁰ La Convención constituye el único tratado de derechos humanos con aspiración universal que sitúa a las normas de derechos humanos en el contexto específico de la migración.

34. La CTM aclara en el artículo 5 que los trabajadores migratorios y sus familiares:

- a) Serán considerados *documentados o en situación regular* si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte;
- b) Serán considerados *no documentados o en situación irregular* si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo.

35. Entre los Estados Miembros de la CTM, pueden encontrarse en su mayoría países de origen de emigrantes pero también algunos países de tránsito y/o destino de grandes grupos de personas migrantes, como México y Turquía. Entre los Estados ratificantes, hay países de casi todas las regiones del mundo, excepto de la UE. Sin embargo, 11 Estados Miembros de la UE han ratificado uno o ambos convenios de la Organización Internacional del Trabajo que sirvieron de base para la CTM (Convenios Núms. 97 y 143 de la OIT) y, al tiempo de escribir el presente texto, dos Estados de Europa (aunque no de la UE), Turquía y Albania, son Estados Partes del CTM;²¹ un dato interesante si se toma en cuenta que

¹⁹ *Ibid.*, párr. 6.

²⁰ La CTM fue redactada sobre la base de dos instrumentos anteriores de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio sobre Trabajadores Migrantes de 1949 (No. 97) y el Convenio sobre Trabajadores Migrantes (Disposiciones Complementarias) de 1975 (No. 143). Estos tres instrumentos juntos constituyen lo que se ha denominado la “Carta Internacional de Migración”; véase TARAN, P.A., “Clashing worlds: imperative for a rights-based approach to labour migration in the age of globalization”, en Vol. II *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question/Globalization, migration and human rights: international law under review*, bajo la supervisión de Vincent Chetail, Collection of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Bruylant Bruxelles (2007), p. 421.

²¹ *Ibid.*

Turquía es el país receptor de la gran mayoría de las personas migrantes derivadas del conflicto armado en Siria. Mientras que muchas de estas personas serían acreedoras del estatuto de refugiado/a, otras previsiblemente se encontrarán en una situación migratoria indocumentada merecedora de la protección sobrepuesta de diferentes instrumentos jurídicos, incluida la CTM.

36. El Comité de NU para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares –el órgano de expertos independientes encargado de supervisar el cumplimiento de la CTM (artículo 72)– desempeña un papel fundamental en arrojar luz sobre las vulnerabilidades que sufren las personas migrantes, en particular las indocumentadas, y aclarar las formas concretas en que los derechos humanos de los trabajadores migrantes deben ser entendidos y aplicados. En su primera Observación General, sobre los trabajadores domésticos migratorios, de 2011, el Comité señaló que “los trabajadores domésticos migratorios corren un riesgo mayor de sufrir determinadas formas de explotación y maltrato. Esos riesgos y factores de vulnerabilidad son más graves aún en el caso de los trabajadores domésticos migratorios no documentados o en situación irregular, especialmente porque suelen correr el riesgo de expulsión si se ponen en contacto con las autoridades para solicitar protección frente a los abusos de un empleador”.²²

37. En este sentido, las personas migrantes indocumentadas frecuentemente se enfrentan a una doble victimización ya que, por un lado, su situación irregular las coloca en mayor riesgo de violaciones a sus derechos humanos, y por otra, su derecho humano de acceso a la justicia también se ve afectado por el miedo a la expulsión o deportación que se traduce en no acudir a denunciar las violaciones a los derechos que sufrieron en un primer momento.

38. El Parlamento Europeo ha pedido a los Estados miembros de la UE que ratifiquen la CTM²³ y el ex Secretario General de NU Kofi Annan en 2004 instó a los Estados de la UE a ser Partes de la CTM.²⁴ Sin embargo, hasta la fecha ni España, ni ningún otro Estado Miembro de la UE ha ratificado ni firmado la CTM. Aún así, cabe señalar que varios países incluyen en su legislación nacional disposiciones iguales, o muy similares, a las de la CTM. Así, España, junto con Bélgica, Italia, y Portugal, han ratificado ambos convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes, lo cual podría abrir un posible camino para la ratificación de la CTM.²⁵

39. Independientemente de la posible ratificación futura del CTM por España, debe enfatizarse que todo el resto de los tratados internacionales de derechos humanos resultan de obligado cumplimiento para el Estado español y que le es aplicable el derecho internacional de los derechos humanos que cubre y protege a todas las personas migrantes.

40. Sin embargo, al analizar a más detalle la reacción de la UE, y de España como uno de sus Estados Miembros, sobre el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes como una herramienta indispensable para hacer frente a la situación migratoria y de refugiados actual, se observa que ha sido ambigua y, más recientemente, ha dejado mucho que desear. Aun así, una luz de esperanza puede derivarse de algunas interpretaciones progresistas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en algunos puntos del Tribunal de Justicia de la UE.

²² COMITÉ DE NU PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, Observación General No. 1 sobre *Trabajadores Migratorios Domésticos*, CRMW/C/GC/1, 23 de febrero de 2011, párr. 7.

²³ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolution on Development and Migration*, Doc P6_TA, 0319, 6 de julio de 2006.

²⁴ UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL KOFI ANNAN, Address to the European Parliament upon receipt of the Andrei Sakharov Prize for Freedom of Thought (Brussels), 29 de enero de 2004, disponible en www.europa-eu-un.org/articles/en/article_3178_en.htm.

²⁵ Véase referencias al estudio jurídico al respecto en TARAN, *op. cit.*, p. 423.

III. El sistema europeo de derechos humanos: Consejo de Europa y UE

41. Al hablar de sistema europeo de derechos humanos, debemos entender el que engloba tanto las disposiciones tradicionales emanadas del Consejo de Europa, esto es, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el resto de tratados de derechos humanos adoptados a nivel regional en este marco, así como, en el contexto más reciente, la normatividad en materia de derechos humanos y/o para nuestro tema, en materia migratoria, derivada del Derecho de la Unión Europea.

1. Consejo de Europa

42. En el panorama europeo la respuesta ha sido, cuando menos, ambigua con respecto a la plena protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En el plano normativo, el Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), y sus respectivos Protocolos, aunque no se refieren específicamente a los migrantes, resultan aplicables en la medida en que el CEDH se aplica a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado.²⁶ La Carta Social Europea de 1961 (CSE) y su Protocolo de 1988, así como la Carta Social Europea Revisada de 1996 (CSER), ofrecen cierto grado de protección a las personas migrantes indocumentadas, principalmente a través del derecho a la no-discriminación en relación con diferentes derechos, como los derechos laborales y las garantías de no-expulsión.²⁷

43. España es Estado Parte del CEDH, de la CSE y su Protocolo,²⁸ pero aún no es parte de la CSER de 1996, instrumento que contempla varios derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y el interesante ‘derecho a la protección frente a la pobreza y la exclusión social’ (artículo 30), que podría funcionar como derecho llave para abrir la puerta de forma más contundente a la defensa de varios derechos específicos de las personas migrantes indocumentadas y prevenir violaciones futuras.

44. En relación con la situación particular de las mujeres migrantes indocumentadas, abordada a detalle más adelante, debe resaltarse la adopción en el marco del Consejo de Europa del Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011, y entrado en vigor el 1 de agosto de 2014, del cual España es Estado Parte.²⁹ El Convenio contiene disposiciones aplicables a todas las mujeres migrantes y una protección más concreta hacia las mujeres migrantes indocumentadas, pues en su artículo 4.3 prohíbe la discriminación basada en el estatus migratorio o de refugiada al momento de la implementación de las disposiciones del Convenio.

45. Asimismo, a través de los órganos de supervisión del sistema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (supervisor e intérprete del CEDH e instrumentos conexos); y el Comité Europeo de Derechos Sociales (de la CSE y la CSER), los derechos de los migrantes han sido, hasta cierto punto, reafirmados y protegidos. Sin embargo, el enfoque habitual del TEDH ha consistido en poner de relieve la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la vida familiar (artículo 8) y a la no-discriminación (artículo 14) con respecto a otros derechos, en relación con personas extranjeras que residen *legalmente* en su territorio o que en algún momento contaron con un permiso de residencia.³⁰

²⁶ CETS N° 005, abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953; artículo 1.

²⁷ CSE, CETS N° 035, abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa en Turín el 18 de octubre de 1961 y entrada en vigor el 26 de febrero 1965, y CSER, CETS No. 163, abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa el 3 de mayo de 1996 y entrada en vigor el 1 de julio de 1999.

²⁸ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. BOE, núm. 153, de 26 de junio de 1980, BOE-A-1980-13567.

²⁹ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, BOE, núm. 137, de 6 de junio de 2014.

³⁰ Véase, por ejemplo, los casos de *Gaygusuz v Austria*, No. 173/71/90 (1996) y *Poirrez v Francia*, No. 40892/98 (2003). Sobre casos que abordan el tema de la expulsión de personas migrantes del territorio del Estado receptor y la validez de los requisitos nacionales de permanencia en términos de derechos humanos, véase *Dalia v Francia*, No. 26102/95, 19 de febrero de 1998;

46. Por otro lado, aunque no directamente en materia de personas migrantes indocumentadas, pero sí en un tema relacionado, existen desarrollos progresistas respecto de los derechos de las personas solicitantes de asilo, como en el caso de *M.S.S. v Bélgica y Grecia*, de 2011, en el que el TEDH interpretó que el artículo 3 del CEDH (que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes), debía entenderse también en su dimensión socioeconómica, esto es, que el campo de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes podía también incluir las condiciones extremas de pobreza y privación material que afectarían a personas en situación de vulnerabilidad, como las solicitantes de asilo. Así, este caso amplió el alcance del derecho a no sufrir tortura o malos tratos, aplicando el principio de no-devolución (*non refoulement*) también a una obligación de evitar el sufrimiento derivado de condiciones de escasez material extrema o indigencia.³¹ Ello constituye una vía original y prometedora para hacer este derecho más fácilmente justiciable en los casos de grave precariedad socio-económica.

47. Dicha interpretación fue seguida también por casos posteriores relativos al el principio de no devolución de personas extranjeras a un país de riesgo de tortura o tratos inhumanos degradantes, como *Sufi y Elmi v. Reino Unido*, de 2011, e implícitamente en *S.J. v Bélgica*, de 2014, aunque rechazada o denegada en otros casos como *N v Reino Unido*, de 2008, y *A.A. y Otros v Suecia*, de 2012.³² En este contexto, la visión progresista y expansiva del campo de protección de los derechos adelantada por el TEDH en algunos de los casos, pudiera extrapolarse a las condiciones de vida de las personas migrantes indocumentadas a fin de promover las obligaciones positivas del Estado -y no sólo o prioritariamente las obligaciones de ‘no hacer’-, para la consecución de sus derechos, particularmente los DESC.

48. Al igual que en el caso de los órganos de supervisión de tratados del sistema de Naciones Unidas, los órganos del sistema del Consejo de Europa y el TEDH, se han pronunciado sobre distintos casos concernientes a España, que se estudiarán de forma temática en cada sección correspondiente del apartado subsecuente referido al caso español.

49. A pesar de la existencia de la arquitectura jurídica formal de derechos humanos proveniente del Consejo de Europa, la fuente de preocupación mayor en materia de la garantía y protección de los derechos humanos de las personas migrantes proviene no sólo de los retos prácticos que conlleva la implementación de dicho marco jurídico a nivel nacional, sino de las disposiciones en muchas ocasiones contrarias a los derechos humanos en el propio Derecho de la UE. En efecto, cómo se verá a detalle en el apartado siguiente, existe una fuerte crítica en el ámbito de los derechos humanos hacia la aplicación de la Directiva de Retorno de la UE (2008) y el aumento indiscriminado en los últimos años de detenciones a personas migrantes irregulares, incluidos niños y niñas, y su retorno casi inmediato a sus países de origen, sin el respeto obligado a su derecho humano al debido proceso y las garantías judiciales necesarias.³³

Slivenko et al. v Latvia, No. 48321/99, 9 de octubre de 2003 (Gran Sala); *Maslov v Austria*, No. 1638/03, 28 de mayo de 2003 (Gran Sala); y *Trabelsi v Alemania*, ent of 13 October 2011, No. 41548/06, 13 de octubre de 2011 (disponible sólo en francés).

³¹ TEDH, *M.S.S. v Bélgica y Grecia*, No. 30696/09, 21 de enero de 2011, en especial párrs. 246 y 254. Para un estudio detallado del caso y sus implicaciones para el sistema más general de la UE en materia de asilo, el ‘Sistema Dublín’, véase V. MORENO-LAX, ‘Dismantling the Dublin System: M.S.S. v Belgium and Greece’, *European Journal of Migration and Law*, 14 (1), 2012, pp. 1-31.

³² TEDH, *Sufi y Elmi v. Reino Unido*, Nos. 8319/07 y 11449/07, 28 de junio de 2011, en especial párrs. 279 y 283; y *SJ v Belgium*, No. 70055/10, que fue resuelto mediante una solución amistosa del 26 de agosto de 2014 y el posterior otorgamiento por el gobierno belga de los permisos de residencia permanentes a la mujer nigeriana enferma de VIH-SIDA denunciante en el caso, y a sus hijos. Véase *N v Reino Unido*, No 26565/05, 27 de mayo de 2008 (Gran Sala); *A.A. y Otros v Suecia*, No. 14499/09, 28 de junio de 2012 (sentencia final de 28 de septiembre de 2012), y Opinión Disidente de la Juez Ann Power-Forde en este último caso, oponiéndose a la decisión mayoritaria de denegar la protección del TEDH a dos mujeres de Yemen en riesgo de expulsión de Suecia.

³³ Véase la declaración más reciente en este sentido, ‘New EU recommendation on return procedures a “slippery slope” to solve European migration challenges – UN experts’, Chair of the Subcommittee on the Prevention of Torture, Sir Malcolm Evans; Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau; Chair of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Jose S. Brillantes; Chair of the Committee on the Rights of the Child, Benyam Dawit Mezmur; Chair of the Working Group on Arbitrary Detention, Sètondji Roland Adjovi; Comunicado de prensa de expertos de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, 9 de marzo de 2017, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21330&LangID=E#sthash.O9cHLyMF.dpuf>.

2. Unión Europea

50. Con base en las normas generales de derechos humanos contenidas en el Tratado de la Unión Europea (TUE), en sus artículos 2 y 3, y el reconocimiento en su preámbulo a la dignidad humana como fundamento de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del 2000 –jurídicamente obligatoria para los Estados Miembros de la UE con base en el Tratado de Lisboa en vigor desde 2009–, pueden reafirmarse los derechos humanos de las personas migrantes como condición indispensable para su supervivencia y para una vida digna.

51. Como marco general para el análisis de este apartado, debe recordarse también que de conformidad con el artículo 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Unión desarrollará una política común de inmigración. Esta política está destinada, según el mismo artículo, a gestionar eficazmente los flujos migratorios, a garantizar un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como a prevenir y luchar contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. La Unión podrá también, con base en el apartado tercero del mismo artículo, celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros. La ejecución de esta política, añade el artículo 80 TFUE, se regirá por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero.

52. La competencia de la Unión en este ámbito es compartida con los Estados miembros, por lo que éstos podrán realizar actos jurídicos vinculantes en la medida en que la Unión Europea no haya ejercido su competencia con arreglo al artículo 4 TFUE. En este sentido, por ejemplo, el apartado 5 del artículo 79 TFUE permite a los Estados miembros establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Los actos jurídicos que la Unión adopte en esta materia se regirán por el procedimiento legislativo ordinario, salvo en el caso de emergencia derivada de la afluencia repentina de nacionales de terceros países, cuando el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. Finalmente, el Tribunal de Justicia (TJUE) goza de jurisdicción plena en este ámbito competencial.³⁴

53. La Unión ha adoptado diversas medidas legislativas en materia de inmigración, tanto en relación con la inmigración legal,³⁵ como en relación con la inmigración denominada como ilegal por el TFUE. A los efectos de este trabajo nos centraremos en estas últimas. Estas medidas han ido destinadas esencialmente a luchar contra la inmigración irregular, adoptando un enfoque más centrado en la segu-

³⁴ Sobre la difícil delimitación de la competencia de la UE en este ámbito véase, por ejemplo, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto*, en J.M., BAÑO LEÓN (COORD.), *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, t. I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2016, pp. 333-378, especialmente pp. 364-365.

³⁵ Véanse a este respecto, por ejemplo, la Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. DO L 155/17, 18.6.2009; Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, DO L 343, 23.12.2011, p. 1-9; Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros DO L 94 de 28.3.2014, p. 375/390; Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales, DO L 157, 27.5.2014, p. 1-22; o Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. DO 132, de 21.05.2016, pp. 21 a 57.

ridad de las fronteras que en los derechos de las personas migrantes. Así, la Directiva 2002/90/CE,³⁶ estableció una definición común del delito de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular.³⁷ Esta Directiva fue complementada por la Decisión marco 2002/946/JAI,³⁸ que regulaba las sanciones penales que se debían imponer por las conductas tipificadas por la Directiva 2002/90/CE y por la Directiva 2004/81/CE del Consejo, que preveía la expedición de un permiso de residencia a víctimas de la trata o del tráfico ilícito de seres humanos que cooperasen con las autoridades competentes.³⁹ Asimismo se ha adoptado más recientemente la Directiva 2009/52/CE, que establece sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores de ciudadanos de terceros países en situación irregular.⁴⁰

54. Una de las medidas legislativas más controvertidas ha sido la conocida como Directiva de Retorno, es decir, la Directiva 2008/115/C relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.⁴¹ Esta directiva, que hace referencia en su artículo 1 a la necesidad de respetar en su aplicación los derechos fundamentales y el Derecho internacional,⁴² ha sido objeto de fuertes críticas, precisamente por contribuir, *inter alia*, a la generalización de la detención e internamiento de los inmigrantes de manera sistemática, y a la vulneración por parte de los Estados miembros de obligaciones internacionales relativas a las personas migrantes, como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que no prevé el internamiento de menores por su situación migratoria o la de sus padres, algo que la Directiva sí permite.⁴³ Asimismo, se han criticado las situaciones de abuso que ha ocasionado la transposición de la Directiva en los distintos niveles nacionales, así como las implicaciones negativas para los derechos humanos de la aplicación práctica de la misma.⁴⁴

55. En atención a estas preocupaciones, el Parlamento Europeo ha subrayado recientemente que el retorno de los migrantes sólo debe llevarse a cabo de forma segura, con plena observancia de los derechos fundamentales y procesales de los migrantes, y que “cualquier intento por parte de los Estados miembros de «hacer retroceder» a los migrantes a los que no se les haya dado la oportunidad de pre-

³⁶ Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. DO núm. 328, de 5.12.2002, pp. 17-18.

³⁷ El artículo 1 de esta Directiva, titulado Tipificación general, establecía la obligación de adoptar sanciones “contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros [y] contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros.” Este artículo permitía, en su apartado segundo, no adoptar sanciones en el primero de los supuestos si el objetivo de la conducta era prestar ayuda humanitaria.

³⁸ Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328 de 5.12.2002, pp. 1/3

³⁹ Directiva 2004/81/CE del Consejo relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. DO L 261/19, 6.8.2004.

⁴⁰ Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. DO L 168 de 30.6.2009, p. 24/32.

⁴¹ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. DO núm. 348, de 24.12.2008, pp. 98-107.

⁴² En concreto el artículo 1 de la Directiva señala que se deberán respetar “los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.”

⁴³ Véase a este respecto, por ejemplo, L.C., NIETO GARCÍA, “Derechos humanos e inmigración: Europa y la directiva de retorno”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, N.º 104, 2008-2009, pp. 39-56; N., PÉREZ SOLA, “La directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos”, *Revista de estudios jurídicos*, N.º 8, 2008, pp. 241-256; o el detallado informe de PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants), titulado “Posición de PICUM sobre la directiva de retorno de la UE”, abril 2015. El informe se puede consultar en español en el siguiente enlace: http://picum.org/picum.org/uploads/publication/ReturnDirective_PositionPaper_ES.pdf

⁴⁴ Véase, e.g., N. VAVOULA, ‘Detention of Irregular Migrants – The Returns Directive Shows its True Colours In Mahdi (C-146/14 PPU)’ in *European Law Blog*, 15 de septiembre de 2014, disponible en <http://europeanlawblog.eu/?p=2501>.

sentar solicitudes de asilo es contrario al Derecho Internacional y de la UE, y que la Comisión debería tomar medidas adecuadas contra cualquier Estado miembro que lo intente.”⁴⁵ Ello complementa las interpretaciones judiciales en este sentido del TEDH, por ejemplo, en el caso de *Hirsi v Italia*, de 2012.⁴⁶

56. Por último, en relación con la aplicación de la Directiva de Retorno en España, a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó recientemente en 2015 que la previsión de la Ley de Extranjería española que permitía sustituir la expulsión de un inmigrante en situación irregular por la imposición de una multa (artículo 57.1 en relación con el 53) vulneraba la directiva al hacer más difícil la consecución de su efecto útil.⁴⁷ Dicha interpretación perjudica la situación de las personas migrantes indocumentadas en España dado que disminuye las opciones jurídicas al alcance de la autoridad relevante. Antes como resultado de la estancia irregular de una persona en el país, se le podía aplicar la sanción menos perjudicial de la multa y ahora a la luz de la postura del TJUE sólo podría sancionarse con la expulsión (aunque es verdad también que la disposición relevante de la Ley de Extranjería no se ha modificado y sigue aplicándose en la práctica).

57. Por otro lado, conviene recordar en este contexto que los Estados miembros están obligados a respetar los derechos fundamentales de las personas migrantes reconocidos por el Derecho de la Unión cuando actúan en el ámbito de aplicación del mismo.⁴⁸ Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, y la adquisición de carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esta obligación se establece con claridad en el artículo 51 de la misma, y así lo ha interpretado repetidamente el Tribunal de Justicia de la Unión.⁴⁹ De esta forma, por ejemplo, cuando los Estados miembros desarrollan y aplican las garantías a la espera del retorno recogidas en el artículo 14 de la Directiva de Retorno, deberán observar los derechos y estándares establecidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y la jurisprudencia que la interpreta.⁵⁰

58. Asimismo, de la jurisprudencia del TJUE también se desprende que los nacionales de terceros países podrán verse beneficiados por los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea, en este caso los dimanantes del estatuto de ciudadano de la Unión Europea, si la denegación de su permiso de residencia en un Estado miembro de la Unión tendría por efecto privar a los ciudadanos de la Unión, en este caso sus descendientes, del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su condición de ciudadanos de la Unión.⁵¹

59. En este marco, la arquitectura jurídica de la política migratoria de la Unión ha sido puesta a prueba recientemente por la denominada “crisis migratoria” de 2015, caracterizada por la afluencia masiva de inmigrantes, la mayoría solicitantes de asilo, al este de Europa. Uno de los instrumentos más reconocibles de la respuesta de la UE a este fenómeno ha sido el conocido como acuerdo UE-Turquía. En

⁴⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración (2015/2095(INI)), apartados 60 y 61.

⁴⁶ *Hirsi Jamaa y Otros v Italia*, No. 27765/09, 23 de febrero de 2012.

⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE (Sala Cuarta), Sentencia de 23 de abril de 2015, C-38/14. Véase en relación con dicha sentencia, K. CASTILLA JUÁREZ, “Migración sine permissum en España: multa, expulsión y *non bis in idem*. Más allá de lo constitucionalmente admisible y acorde con la normativa europea.” *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 42, Mayo - Agosto 2016, pp. 87-110.

⁴⁸ Véase a este respecto, por ejemplo, la sentencia del TJUE en el asunto C-299/95, *Kremzow*, 29 mayo 1997, apartado 15.

⁴⁹ Sentencia del TJUE en el asunto C-617/10, *Åkerberg Fransson*, 26 Febrero 2013. Véase en relación con el ámbito de aplicación de la Carta, D. SARMIENTO, “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, *CMLR*, Vol. 50, No. 5, octubre 2013, pp. 1267-1304.

⁵⁰ Véase a este respecto, por ejemplo, el informe de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea titulado “Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union”, Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 25.

⁵¹ Sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartado 42, de 6 de diciembre de 2012, *O. y otros*, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 45, y más recientemente de 10 de mayo de 2017, *H.C. Chávez-Vílchez*, C-133/15, apartado 61, no publicada aún al momento de redacción del presente texto.

virtud de este acuerdo “Todos los nuevos migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 serán retornados a Turquía; Los migrantes que lleguen a las islas griegas serán debidamente registrados y las autoridades griegas tramitarán toda solicitud de asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo; Los migrantes que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles serán retornados a Turquía; Por cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la Unión.”⁵²

60. Este acuerdo ha sido criticado por su posible vulneración del Derecho internacional y europeo de los derechos humanos y también del Derecho de la Unión Europea, que prohíben, *inter alia*, las expulsiones colectivas en el artículo 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH y artículo 19.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, así como por externalizar el control de las migraciones a la Unión Europea hacia Turquía, haciendo más difícil el control del respeto a los derechos fundamentales de los migrantes. Este riesgo se ha incrementado notablemente tras negarse el Tribunal General, mediante autos de 28 de febrero de 2017, a aceptar su jurisdicción sobre el Acuerdo UE-Turquía, por considerar que se trata de un acto que no fue adoptado por las instituciones de la Unión sino por los Estados miembros.⁵³ Esta decisión ha sido recurrida ante el Tribunal de Justicia, y se encuentra pendiente de resolución al momento de redacción del presente texto.⁵⁴

IV. Marco jurídico y práctica en España a la luz de los derechos humanos

61. De manera similar a toda el área del norte del Mediterráneo, España está experimentando en la actualidad el fenómeno de la inmigración a gran escala por primera vez en su historia moderna, y el flujo migratorio y de refugiados a Europa más grande desde la Segunda Guerra Mundial.

62. En ese contexto, la Constitución Española (CE), en su artículo 10 proclama la dignidad de la persona, reconociendo los derechos inviolables que le son inherentes e indicando que las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, instrumentos con base en los cuales –como se ha visto en los apartados anteriores– se reconocen los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su origen nacional o estatus migratorio.

63. Sin embargo, este marco normativo general contrasta con otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, así como con obstáculos prácticos, que conjunta y acumulativamente, permiten, facilitan o directamente provocan distintas violaciones a derechos humanos experimentadas por las personas migrantes. A continuación se sistematizan –de manera propositiva y de ningún modo exhaustiva–, algunas de las principales situaciones de afectación a los derechos de las personas migrantes indocumentadas, agrupándolas de acuerdo a la situación jurídico-administrativa, el tipo de derecho(s) y/o el daño sufrido:

1. Retos generales, igualdad y no-discriminación

64. El principal problema que enfrentan las personas migrantes indocumentadas en España para la realización efectiva de sus derechos humanos se encuentra en la ley misma. En efecto, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería o LOEX),⁵⁵ al abordar las infracciones ‘leves’, ‘graves’ y ‘muy graves’ de la propia Ley, establece que es una infracción ‘grave’,

⁵² Véase este resumen del acuerdo en el comunicado de prensa del Tribunal General nº19/174, de 28 de febrero de 2017.

⁵³ Autos del Tribunal General en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM / Consejo Europeo, no publicados aún.

⁵⁴ *NF v European Council*, C-208/17 P.

⁵⁵ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. Última modificación: 30 de octubre de 2015. Referencia: BOE-A-2000-544.

encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente (Artículo 53,a.).

65. Por su parte, el mismo artículo 53, en su inciso b., también incluye como infracción grave “Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”.

66. Ello además de posibilitar la expulsión de la persona extranjera con base en el artículo 57 de la LOEX –facultad que resulta reforzada con la Directiva de Retorno de la UE antes analizada–, coloca a toda persona que por distintas razones pueda encontrarse en situación irregular (bien sea por haber ingresado de forma irregular en el territorio, bien sea por haber excedido el tiempo de su visa, o haber cambiado las circunstancias que dieron lugar al otorgamiento de su permiso de residencia), en una condición de miedo, inseguridad y vulnerabilidad constante y perpetuada.⁵⁶

67. Ello es así máxime si consideramos que la alternativa más frecuentemente accesible para una persona migrante indocumentada para regularizar su situación es la conocida figura del ‘arraigo social’, prevista en los artículos 31.3 y 68.3 de la LOEX y 124 de su Reglamento, para cuya obtención hay que esperar nada menos que tres años de presencia continuada en España, sin trabajar, y al final de dicho tiempo presentar, entre otros requisitos, un contrato de trabajo por un periodo mínimo de un año, requisito del cual se le exime únicamente si logra probar que cuenta con medios económicos suficientes.

68. Tales exigencias tan estrictas no solamente vuelven sumamente difícil la obtención de la autorización de residencia por arraigo social, sino que orilla a las personas indocumentadas a buscar formas de sobrevivir desde la clandestinidad, viendo con ello afectados sus derechos humanos universalmente reconocidos. Entre esos derechos, y como presupuesto básico que abre la puerta al disfrute de muchos otros derechos, se encuentra el derecho humano a la personalidad jurídica, previsto desde la DUDH de 1948 en los siguientes términos:

*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*⁵⁷

69. La situación de ‘limbo jurídico’ que viven las personas migrantes indocumentadas contradice este derecho humano y despliega también otras consecuencias. Contribuye a la normalización en la vida cotidiana de esa exclusión legal. Conduce a la aprobación y la facilitación de la segregación social, económica y política de las y los migrantes indocumentados por parte del Derecho. Y permite la construcción de un grupo de personas “de segunda clase”, como ya lo advertía el Relator Especial de NU en la materia, y a la vez de una “sociedad del menosprecio”.⁵⁸

70. Dicho conjunto de disposiciones de la LOEX y relacionadas, pudiera además constituir discriminación por motivos de raza y/o por estatus socio-económico. Si sólo se admite plenamente a inmigrantes con medios económicos suficientes y la política y normatividad migratoria se basa en una lógica de poder adquisitivo y en el binomio ‘rico-aceptable’ / ‘pobre-inadmisibles y expulsables’,⁵⁹ deja-

⁵⁶ Véase E. LESTER, ‘Socio-Economic Rights, Human Security and Survival Migrants: Whose Rights? Whose Security?’, en A. Edwards y C. Ferstman (editoras), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010. En un sentido similar, particularmente centrado en el tema de refugio, véase J. HUYSMANS, *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in EU*, Routledge, London, 2006.

⁵⁷ Artículo 6 de la DUDH, cursivas propias. Véase en el sentido de las condiciones de clandestinidad, COMITÉ DE NU PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, Observación General No 2 *sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes en una Situación Irregular y Miembros de sus Familias*, 23 de agosto de 2013, punto I.2.

⁵⁸ J. DE LUCAS (editor), *Inmigración e integración en la UE: dos retos para el s. XXI*, Eurobask, 2012, pp. 11-13.

⁵⁹ Como elemento que refuerza de este binomio, cabría mencionar la posibilidad prevista por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de obtener un visado de residencia por adquisición de

ríamos completamente inoperantes las afirmaciones de igualdad y las prohibiciones de discriminación que, como se ha descrito en los apartados anteriores, constituyen la base del derecho internacional de los derechos humanos y el fundamento de las sociedades democráticas.

71. Respecto del ámbito de la discriminación racial en relación con las personas migrantes, debe señalarse la muy reciente presentación de un caso contra España ante el TEDH. El 8 de mayo de 2017 se presentó ante dicho tribunal, una demanda contra el Estado español por no tomar medidas efectivas contra las identificaciones policiales por perfil étnico, a raíz de prejuicios basados en el color de la piel de las personas. La demanda presentada ante el TEDH argumenta que parar una persona por tales prejuicios, lo que se conoce como “perfil étnico” (“ethnic profiling”), vulnera el derecho a no ser discriminado, reconocido en el Artículo 14 y el Protocolo 12 del CEDH y el derecho a la vida privada, recogido en el artículo 8 del mismo Convenio. Aunque el afectado por el caso, el Sr. Zeshan Muhammad, un hombre de raza negra, es un migrante documentado en tanto que cuenta con permiso de residencia y vive cerca de Barcelona desde que era niño, el argumento es directamente aplicable a la discriminación por origen étnico que experimentan muchas personas migrantes (documentadas e indocumentadas), y en general cualquier persona no caucásica, pues aborda la práctica más amplia de la detención por parte de la policía de todas aquellas personas no blancas, con base simplemente en el color de su piel, su fenotipo o su apariencia física.⁶⁰ Con el apoyo de varias organizaciones, el Sr. Muhammad lleva a cabo este litigio estratégico con el fin no sólo de que se reconozca la violación de sus derechos y obtener reparaciones, sino también de lograr terminar con esta práctica policial discriminatoria que sufre una parte importante de la población, y que ya había sido antes determinada como violatoria por el Comité de Derechos Humanos de NU (órgano revisor del cumplimiento del PIDCP), en otro caso similar, *Rosalind Williams v España*.⁶¹

72. El caso Zeshan Muhammad ante el TEDH complementa además el litigio anterior de *B.S. v España*, ya resuelto por ese tribunal en 2012, con la conclusión de que había existido violación del artículo 3 del CEDH (como se ha visto, referido a la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes), en su vertiente procesal; del artículo 14 del mismo instrumento (prohibición de discriminación), en relación al propio artículo 3, debido a la ausencia de una investigación efectiva respecto a las denuncias de malos tratos formuladas por la demandante -una mujer extranjera, de raza negra, que ejercía la prostitución y que denunció haber sido golpeada con porras en la calle y haber recibido insultos racistas por parte de funcionarios de policía.⁶²

73. Así pues, existe por una parte un reconocimiento del Estado español de la presencia de las personas migrantes indocumentadas en el territorio nacional y una voluntad política –expresada en ciertos ordenamientos normativos protectores de derechos–, de atender su condición de vulnerabilidad.

74. Por otra parte, la circunstancia de las personas migrantes indocumentadas parecería reflejar lo que Michel Foucault llamaba desde los años setenta del siglo pasado, la aplicación del control biopolítico o el biopoder, como fenómeno característico del Estado moderno consistente en entender a la población “como problema biológico y como problema de poder”, y por ello, sujeto de control y de regulación minuciosa por parte del Estado.⁶³ En efecto, bajo esta óptica, la situación y los derechos de las

bien inmueble en España con una inversión de valor igual o superior a 500.000 euros. Véase también de modo más general J. HARDING, *Border Vigils: Keeping Migrants out of the Rich World*, London/New York, Verso Books, 2012.

⁶⁰ El Sr. Muhammad fue parado por un agente de la Policía Nacional en Barcelona el 29 de mayo de 2013. El policía admitió que no hubiera parado una persona blanca y afirmó que lo hacía “¡porque eres negro, y punto!”. Las organizaciones que llevan a cabo el litigio en apoyo del afectado son SOS Racisme Catalunya y Open Society Justice Initiative; véase <https://sosracismo.eu/tedh-perfil-etnico/#more-2767>

⁶¹ Véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NU, *Rosalind Williams v España*, CCPR/C/96/D/°493/2006, 30 de julio de 2009, en especial, párrs. 8 y 9.

⁶² *B.S. v. España*, No. 47159/08, 24 julio 2012.

⁶³ M. FOUCAULT, *Genealogía del racismo*, Editorial Altamira, Argentina, 1976, p. 198. En esta línea, y con un enfoque específicamente centrado en la cuestión migratoria, véase también N. VAUGHAN-WILLIAMS, *Europe's Border Crisis: Biopolitical Security and Beyond*, Oxford University Press, 2015.

personas migrantes indocumentadas se encuentran permanentemente sujetos a la decisión (en ocasiones injustificada) del Estado y a las altas y bajas de su política migratoria en función de condiciones económicas, políticas y sociales del país receptor, y no de su igual dignidad como personas y la universalidad de sus derechos humanos.

2. Derecho humano a la salud y otros derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

75. Un derecho humano que ven comprometido con frecuencia las personas migrantes en España es el derecho a la salud, así como en general los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), como el derecho a la vivienda, el derecho a la educación o el derecho al agua.⁶⁴

76. Particularmente el derecho a la salud de las personas migrantes indocumentadas se ha visto afectado de manera mucho más pronunciada a raíz del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril de 2012 (RDL 16/2012), “Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones”. La aplicación del RDL 16/2012 se tradujo en la limitación del derecho al acceso a la salud para las personas no inscritas en el Régimen de la Seguridad Social, afectando así la atención sanitaria gratuita y universal para todas las personas bajo la jurisdicción del Estado español.⁶⁵ Como consecuencia de la aplicación de este Real Decreto-Ley se ha generado un acceso desigual a un derecho humano básico, legal e internacionalmente reconocido.

77. Por su parte, la Constitución Española en su artículo 15 recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, el artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y el artículo 45 explicita a su vez que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

78. Cabe destacar además que la redacción del artículo 43.1 de la CE, a diferencia de otras disposiciones, al referirse a los sujetos destinatarios de la norma lo hace de manera indeterminada (“se reconoce”), con lo que “el mandato constitucional parecería evocar la terminología universalista presente en los tratados internacionales de derechos humanos respecto a la titularidad del derecho a la protección sanitaria”.⁶⁶ En efecto, tales tratados de derechos humanos, de los que España es Estado Parte, como se estudió en los apartados anteriores, amparan el derecho a la atención sanitaria integral (esto es, no únicamente de urgencia) utilizando una postura de subjetividad universal, cubriendo también en consecuencia a los inmigrantes en situación administrativa irregular.

79. Con base en la normativa de derechos humanos, España se encuentra particularmente obligada a observar el derecho a la no-discriminación en relación con el derecho humano a la salud, en aplicación de los Artículos 10, 13, 14 y 43 de la Constitución Española; y en los Artículos 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; del Artículo 14 en relación con los Artículos 2 y 3 de la CEDH; y de los Artículos 21 y 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En el caso concreto de personas en situación de vulnerabilidad, como las personas migrantes indocumentadas, esta obligación se vuelve particularmente importante, como se reitera en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, del año 2000 (órgano interpretador del PIDESC), que al efecto establece que:

⁶⁴ Véase, e.g., S. SPENCER Y V. HUGHES, ‘Outside and In: Legal Entitlements to Health Care and Education for Migrants with Irregular Status in Europe’, Centre on Migration, Policy, and Society (COMPAS), Universidad de Oxford, 2015.

⁶⁵ Véase REDER (Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012), ‘Radiografía de la reforma sanitaria: la universalidad de la exclusión’, Madrid, septiembre de 2015.

⁶⁶ I. SOBRINO GUIJARRO, ‘Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España’, en *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 3, núm. 2/2013, julio-diciembre 2013, p. 151. Véase el estudio integral de la autora sobre el derecho a la salud de personas migrantes irregulares desde la perspectiva de derechos humanos.

“Los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho a la salud garantizando que todas las personas, *incluidos los migrantes*, tengan igualdad de acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, *independientemente de su condición jurídica y su documentación*” (párr. 34).

80. Dicha obligación fue reiterada en la Declaración del Comité DESC, ‘Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’ (párrafo 12), emitida muy recientemente, el 13 de marzo de 2017. Asimismo, en dicha Declaración, el Comité DESC enfatiza que la dificultad o imposibilidad de que los migrantes indocumentados obtengan prestaciones de la seguridad social aumenta su vulnerabilidad.

81. En el contexto más general de los DESC, cabe destacar también que el 10 de diciembre de 2008 la AGNU aprobó el Protocolo Facultativo del PIDESC, en vigor desde el 5 de mayo de 2013, como instrumento jurídico accesorio al propio PIDESC (del cual España es Estado Parte, como se mencionó arriba), que permite la presentación de quejas individuales por violaciones a los derechos humanos contemplados en dicho Pacto, a presentarse ante el Comité DESC. Con ello, los derechos económicos, sociales y culturales se vuelven plenamente exigibles y justiciables internacionalmente, con la misma jerarquía que los derechos civiles y políticos.

82. España fue el primer país europeo en ratificar el Protocolo Facultativo en 2010,⁶⁷ seguido de Portugal e Italia. Al ser el Protocolo un instrumento tan reciente, existen pocos procesos de quejas individuales ante el Comité DESC.⁶⁸ Sin embargo, resulta interesante observar que de los nueve casos ya resueltos por el Comité DESC a la fecha de redacción del presente artículo, ocho se refieren a España (y uno a Ecuador),⁶⁹ y en uno de ellos el Comité concluyó que existió responsabilidad del Estado español por la falta de acceso efectivo a los tribunales para proteger el derecho a una vivienda adecuada.⁷⁰ Para efecto de nuestro tema, valga observar que el caso contra Ecuador se refería al argumento de discriminación de un menor extranjero en la participación de torneos de fútbol de menores;⁷¹ sin embargo, el menor colombiano gozaba del estatuto de *refugiado* en Ecuador, esto es, era un migrante ‘documentado’ por lo que su situación no es directamente comparable a la del colectivo migrante. Aun así, la argumentación en materia de igualdad y no-discriminación exhibida en el caso sería extensible a la condición de las personas migrantes indocumentadas y como tal es un caso de valiosa consideración.

83. De los cuatro casos pendientes de resolución por el Comité DESC, dos de ellos se refieren a España (y los dos restantes a Ecuador).⁷² De modo que será interesante observar de cerca posibles procedimientos en relación con los DESC de las personas migrantes (indocumentadas) en los años por venir.

⁶⁷ España manifestó su consentimiento de ratificar el Protocolo Facultativo del PIDESC el 23 de septiembre de 2010; véase BOE-A-2013-2081, del 25 de febrero de 2013.

⁶⁸ No obstante, cabe mencionarse que sí existe una comunicación (distinto al procedimiento cuasi-judicial de queja individual) dirigida al actual Relator Especial de UN Sobre el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento, por presuntas violaciones a los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, entre otros, hacia alrededor de 435 personas de etnia gitana del asentamiento informal “El Gallinero” en Madrid; Comunicación del Relator de 9 de mayo de 2016 y respuesta del Gobierno de España de 19 de julio de 2016, disponibles en <http://www.endwaterpoverty.org/blog/update-un-special-rapporteur-human-rights-water-and-sanitation>

⁶⁹ Véase ‘Jurisprudencia del Comité DESC’, en Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), disponible en <http://juris.ohchr.org/es/Search/Results>.

⁷⁰ Comité DESC de NU, *IDG v España*, E/C.12/55/D/2/2014, 13 de octubre de 2015. De los otros 7 casos contra España ya resueltos por el Comité, 6 de ellos fueron declarados inadmisibles -algunos de ellos por razones de forma (y no de fondo) o por la falta de agotamiento de recursos internos-, y en el caso restante (admitido) se determinó que no existió responsabilidad por parte del Estado.

⁷¹ Comité DESC de NU, *A.M.B. v Ecuador*, E/C.12/58/D/3/2014, 8 de agosto de 2016.

⁷² Véase ‘Resumen estadístico de las quejas individuales consideradas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Mayo de 2016, OACNUDH, en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx> /, leído en conjunto con ‘Jurisprudencia del Comité DESC’, en Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), disponible en <http://juris.ohchr.org/es/Search/Results>.

3. Riesgo y vulnerabilidad agravada para mujeres y niñas migrantes

84. Las dificultades y violaciones diferenciadas y agravadas hacia las mujeres y niñas migrantes indocumentadas han sido ampliamente documentadas,⁷³ incluidas aquellas que se derivan del complejo entramado normativo en el Estado español o de su puesta en práctica.⁷⁴

85. Asimismo, el caso de las niñas y en general de los menores no acompañados (MENAs) ha sido denunciado como una de las situaciones de preocupación más intensa en materia de derechos humanos, entre otros instrumentos, a través de la Observación General No. 6 del Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados fuera de su país de origen*, adoptada por el Comité de NU de Derechos de la Niñez en 2005. Las violaciones que sufren los MENAs en el trayecto migratorio y a su llegada a las fronteras, así como las particulares condiciones de riesgo –agravadas en el caso de las niñas– por su presencia no acompañada de un adulto en el país receptor, comprendidas las relacionadas con la determinación de su edad, el abuso, la violencia de varios tipos incluso sexual, la detención, la privación de libertad, y el retorno forzado, han sido señaladas y analizadas en varios ámbitos.⁷⁵

86. Nos referiremos aquí sólo a algunos de los supuestos generales más graves que afectan particularmente a mujeres y niñas en España y que encierran por ello una particular dimensión de género diferenciable de otro tipo de casos.

87. En relación con el derecho humano a la salud, aunque el efecto del RDL 16/2012, estudiado en el apartado anterior, pudiera verse revertido por el anuncio gubernamental de marzo de 2015 de rectificarlo parcialmente (en gran medida gracias a la campaña en este sentido de Médicos del Mundo),⁷⁶ cabe hacer notar que el impacto de la eliminación de dicha atención en las personas inmigradas ha supuesto y sigue suponiendo consecuencias particularmente negativas para las mujeres en materia de violencia de género y de derechos sexuales y reproductivos.⁷⁷

88. Ello debido a que varios estudios han comprobado que los servicios sanitarios, en especial la atención primaria, cumplen un papel fundamental a la hora de detectar mujeres en posibles situaciones

⁷³ Véase, e.g., RELATORA ESPECIAL DE NU SOBRE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, *Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de NU*, UNGA A/66/215, 2011; HUMAN RIGHTS WATCH, ‘“The Law was Against Me”: Migrant Women’s Access to Protection for Family Violence in Belgium’, 2012; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe sobre los Derechos Humanos en España*, 2016; y D. ESTRADA-TANCK ‘Undocumented Migrant Women in Europe: A Human Rights Perspective from Public International Law’, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 12, 2016, pp. 119-143.

⁷⁴ Véase especialmente C. RUIZ SUTIL, ‘La técnica legal del “Hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata’, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, No 2, 2015, pp. 320-344; así como ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM)-REPRESENTACIÓN EN ESPAÑA, ‘Estudio sobre la Situación Laboral de la Mujer Inmigrante en España: análisis y proposiciones para la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación’, OIM, UE-Fondo Social Europeo, Gobierno de España-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, 2015.

⁷⁵ REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PERSONAS MIGRANTES, Tomáš Boček, *Informe temático sobre niñas y niños migrantes y refugiados*, marzo de 2017; A. BRAVO E I. SANTOS-GONZÁLEZ, ‘Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención’, *Psychosocial Intervention*, Vol. 26, No. 1, 2013, pp. 55-62; y denuncias articuladas en España por varias ONGs como Accem, Save the Children y Servicio Jesuita a Migrantes, véase S. MARQUÉS, ‘Las dificultades de ser menor extranjero no acompañado (MENA) en España’, Blog El Diario de la Educación, Fundación Periodismo Plural, 26 de enero de 2017, disponible en <http://eldiariodelaeducacion.com/blog/2017/01/26/las-dificultades-de-ser-menor-extranjero-no-acompanado-mena-en-espana/>; DEFENSOR DEL PUEBLO, ‘Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2016’, Madrid, 2017.

⁷⁶ Véase MÉDICOS DEL MUNDO, ‘Cambiar algo para no cambiar nada’, 31 de marzo de 2015, disponible en http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.conts/mem.detalle_cn/reلمenu.111/id.4272.

⁷⁷ Sobre este tema en España y en Europa en general, véase, e.g., D. BISWAS, B. TOEBES, A. HJERN, H. ASCHER Y M. NORRE-DAM, ‘Access to health care for undocumented migrants from a human rights perspective: A comparative study of Denmark, Sweden, and the Netherlands’, *Health and Human Rights Journal*, Vol. 14, No. 2, 2013; M. SEPÚLVEDA, Relatora de NU sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, ‘Experta de la ONU pide a España “un auténtico compromiso con la protección de los derechos humanos para todos”’, OACNUDH, Ginebra, 29 de abril de 2014, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14545&LangID=S#sthash.iJcm0D5o.dpuf>; y PICUM, ‘Migrant Women’s Health Issues: Addressing Barriers to Access to Health Care for Migrant Women with Irregular Status’, Recomendación No. 85, 2016.

de violencia, que además frecuentemente enfrentan barreras idiomáticas y culturales. Dado que como efecto del RDL 16/2012 las mujeres vieron “restringido su acceso regular a los servicios de atención primaria, la influencia de este hecho sobre la posibilidad de detectar casos de violencia de género se limita significativamente”.⁷⁸ Asimismo, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos requiere un contexto en el que “todas las personas puedan decidir libremente sobre temas relacionados con su sexualidad y que, entre otras libertades, exista el acceso a información, educación y servicios de salud sexual y reproductiva, lo que el RDL 16/2012 imposibilita, especialmente, en el caso de las mujeres inmigradas en situación administrativa irregular”.⁷⁹

89. En este contexto, cabe enfatizar la labor que ha realizado el Comité de NU sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, antes estudiado, que ha adoptado una perspectiva sensible a las realidades diferenciadas que experimentan las personas migrantes con base en su género. En efecto, el Comité destaca respecto de las violaciones sufridas en el ámbito del trabajo doméstico, que “las trabajadoras domésticas migratorias se enfrentan además a otros riesgos por el hecho de ser mujeres, por ejemplo a la violencia de género”.⁸⁰ Asimismo, el Comité enfatiza ciertos riesgos particularizados sólo en el caso de las mujeres y el temor correlativo que agrava dichos peligros, cuando analiza a “las trabajadoras domésticas migrantes en situación irregular, que son especialmente vulnerables cuando quedan embarazadas, porque con frecuencia temen ser expulsadas del país si se dirigen a los servicios de salud pública”.⁸¹

90. En la evaluación que realiza el Comité de NU de las obligaciones del Estado hacia las y los trabajadores domésticos migratorios indocumentados, especialmente las mujeres y los niños, dicho órgano califica las vulnerabilidades que enfrentan como ‘extremas’ y con base en el artículo 69 de la CTM llama a los Estados a que adopten medidas apropiadas para hacer frente a esas vulnerabilidades y a “considerar la posibilidad de adoptar políticas, como programas de regularización, para evitar que los trabajadores domésticos migratorios carezcan de documentación o corran el riesgo de encontrarse en situación irregular, o resolver tales situaciones”.⁸²

4. Violaciones en frontera y ‘devoluciones en caliente’

91. En el ámbito de las violaciones a derechos humanos sufridas en la frontera, debe mencionarse el caso de *Sonko v España*, resuelto en 2012 por el Comité contra la Tortura de NU, órgano supervisor del cumplimiento de la Convención contra la Tortura. En este caso, el Comité revisó las condiciones de las personas migrantes indocumentadas de Senegal que tratan de llegar por barco a Ceuta, como el caso del Sr. Sonko que fue interceptado por la Guardia Civil en el mar y dejado cerca de la costa de Marruecos donde murió por ahogamiento, presuntamente por negligencia y actuar indebido de la policía de ese órgano. El Comité concluyó que existió responsabilidad del Estado español por haberse encontrado ejerciendo su jurisdicción y control efectivo sobre la persona desde el momento en que fue interceptada con vida y el momento en que murió de manera totalmente evitable.⁸³

92. En el ámbito regional, debe ponerse el foco sobre la Decisión del TEDH de 30 de julio de 2015, en *ND y NT v España*, referido a la admisibilidad del caso por la posible vulneración de derechos humanos respecto de las expulsiones automáticas, llamadas “devoluciones en caliente”, de dos hombres subsaharianos de Mali y de Costa de Marfil que fueron sumaria y colectivamente expulsados del territo-

⁷⁸ A. MORERO BELTRÁN, Y A. BALLESTEROS PEÑA, “Las consecuencias de la aplicación del Real Decreto-Ley de Regulación Sanitaria RD 16/2012 sobre la salud de las mujeres inmigradas”, en *Investigaciones feministas: papeles de estudios de mujeres, feministas y de género*, N° 5, 2014, p. 328.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 330.

⁸⁰ COMITÉ DE NU PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, Observación General No. 1 sobre *Trabajadores Migratorios Domésticos*, CRMW/C/GC/1, 23 de febrero de 2011, párr. 7.

⁸¹ *Ibid.*, párr. 43.

⁸² COMITÉ CEDAW, Recomendación General No. 33, *Acceso a la Justicia para las Mujeres*, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 49.

⁸³ Comité de NU contra la Tortura, *Sonko v España*, CAT/C/47/D/368/2008, 27 de enero de 2012, en especial párr. 10.3.

rio español por agentes policiales en la valla fronteriza de Melilla el 13 de agosto de 2014 con otros 75 individuos.⁸⁴ Dichas personas hasta ese momento eran migrantes indocumentados, pues como resultado de la expulsión ni siquiera se les permitió solicitar, en su caso, asilo en España. Con este caso se abre la posibilidad de que por primera vez el TEDH (y en general un tribunal internacional) se pronuncie sobre la legalidad internacional de este tipo de devoluciones por parte de la guardia civil en la frontera española-marroquí en las vallas de Ceuta y Melilla.

93. En este caso, el Tribunal no admitió a trámite parte de la demanda referida al artículo 3 (prohibición de tortura), en relación con la violencia a la que están expuestas las personas ‘devolucionadas’ hacia las fuerzas de seguridad marroquíes. Por otro lado, sin embargo, el Tribunal admitió revisar más a fondo la alegación de que dichas devoluciones violan al artículo 4 del Protocolo 4 (prohibición de expulsiones colectivas) y el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH.

94. Se estima que esta es una oportunidad para que el TEDH tome una postura no sólo sobre los casos individuales, sino de forma más amplia, acerca de la práctica sistemática de las devoluciones en caliente y los rechazos en frontera en España -misma que pretendió legalizarse mediante la Ley de Seguridad Ciudadana adoptada en 2015,⁸⁵ pero que es contraria a la Constitución española, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de Refugiados.⁸⁶ Será interesante observar también si en su análisis de fondo, el Tribunal toma en cuenta los *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales* de la OACNUDH, adoptados en 2014, y antes revisados.

95. Aunque el caso de *ND y NT v España* se encuentra pendiente de resolución al momento de redacción del presente texto, baste por ahora señalar que la posición de los demandantes en el caso se vio respaldada por dictámenes jurídicos del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de Amnistía Internacional y de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

96. Precisamente a raíz de este caso contra España ante el TEDH, la Oficina del Alto Comisionado de NU para los Derechos Humanos ha resaltado que el derecho internacional de los derechos humanos impone ciertas limitaciones al poder soberano de un Estado de remover a los migrantes de su territorio. Específicamente, limita su capacidad de expulsarlos cuando se encuentren en riesgo de enfrentar un grave daño al regreso a su país de origen. Los Estados tienen la responsabilidad de ejercitar la debida diligencia y no perpetuar las violaciones de derechos humanos y los abusos por vía de retornar a

⁸⁴ TEDH, *ND y NT v España*, N.º 8675/15 y 8697/15, Decisión de admisibilidad, 30 de julio de 2015. Para un análisis detallado, véase R. NARANJO SANDALIO, ‘Spain’s Summary Returns to Morocco: A Case Pending Before the European Court of Human Rights’, Blog Forced Migration Forum, 14 de febrero de 2017, disponible en <https://forcedmigrationforum.com/2017/02/14/spains-summary-returns-to-morocco/>.

⁸⁵ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, “Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Se adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción: «Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte...”

⁸⁶ Véase, e.g. J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, ‘Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla’, Revista de administración pública, N.º 196, 2015, pp. 309-329; E. SAGARRA TRIAS, ‘La discutible constitucionalidad de la regulación de las devoluciones en caliente (I)’, Abogacía Española, 15 de abril de 2015, disponible en <http://www.abogacia.es/2015/04/15/la-discutible-constitucionalidad-de-la-regulacion-de-las-devoluciones-en-caliente-i/>; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NU, ‘Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España’, CCPR/C/ESP/CO/6, 14 de agosto de 2015, párr. 18; y M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Devoluciones en caliente”. Un análisis jurídico’, *Derechos humanos y justicia universal en la frontera sur*, Coord. por José Luis Villena Higuera, 2016, pp. 77-96.

las personas migrantes a una situación de daño, o a exacerbar sus vulnerabilidades y riesgos particulares a través de sus acciones u omisiones.⁸⁷

V. Reflexiones finales

97. La situación de los derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas en España presenta diversas ambivalencias.

98. Por un lado, España es Estado Parte de todos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos en el sistema de NU que expresamente reconocen esos derechos a *todas* las personas y protegen a las personas migrantes indocumentadas bajo los principios de igualdad y no-discriminación. España se encuentra, por tanto, jurídicamente vinculado por dichos tratados, además de estar obligado al general cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado, se excluye, junto con el resto de Estados Miembros de la UE, de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, aspecto que apuntaría hacia una falta de compromiso integral con los derechos humanos de las personas migrantes.

99. A nivel regional, a pesar de existir un marco jurídico de derechos humanos, sobre todo en el ámbito del Consejo de Europa, existen retos prácticos al momento de la implementación, y también disposiciones contrarias a los derechos humanos en el propio Derecho de la UE, como el caso de la Directiva de Retorno de 2008. Si bien es cierto que todo sistema jurídico tiene sus antinomias y contradicciones, puede decirse que el Derecho de la UE ha inclinado la balanza por la cohesión regional de la propia Unión desfavoreciendo indirectamente y en ocasiones abiertamente vulnerando los derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas.

100. Como se ha visto, esa especie de ‘esquizofrenia normativa’ se reproduce también a nivel del derecho positivo en España, en ocasiones retroalimentado y fundamentado por las posturas y exigencias jurídicas de la UE.

101. Por su parte, los mecanismos de protección de los derechos humanos, tanto a nivel de NU como a nivel europeo principalmente a través del TEDH, han admitido o resuelto varios casos contra España, revelando con ello que aún falta mucho por hacer para lograr el pleno reconocimiento de la igual dignidad de las personas migrantes indocumentadas, cuya condición de estatus migratorio irregular los coloca en situación de discriminación y de vulnerabilidad, particularmente agravada en el caso de mujeres, niñas y niños.

102. A la vez, algunas de estas fuentes interpretativas abren caminos esperanzadores a través de sus posturas progresistas y expansivas del alcance de los derechos, a modo de dejar entrar a las personas migrantes indocumentadas –jurídica y literalmente– en el territorio del pleno goce de su dignidad con base en la promesa original de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y como piedra de toque de todas las sociedades democráticas.

⁸⁷ OACNUDH, Intervener Brief filed by the United Nations High Commissioner for Human Rights, pursuant to leave granted by the Court on 9 October 2015’, en el caso del TEDH, *N.D. y N.T. v España*, *op. cit.*, párr. 2 (traducción propia).

HUNGARIAN LAW AND PRACTICE OF CIVIL PARTNERSHIPS WITH SPECIAL REGARD TO SAME-SEX COUPLES

DAS UNGARISCHE RECHT UND PRAXIS VON LEBENSPARTNERSCHAFTEN MIT BESONDERER RÜCKSICHT AUF GLEICHGESCHLECHTLICHE PAARE

ÁDÁM FUGLINSZKY

Associate Professor

Eötvös Loránd University, Faculty of Law, Civil Law Department, Budapest, Hungary
orcid ID: 0000-0002-3063-7710

Recibido: 29.06.2017 / Aceptado: 20.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3874>

Abstract: Cohabitation is a factual question in Hungarian law (living in a financial and emotional community in a common household), it does not constitute civil status, and is extended to same-sex couples, too. The default property regime is “participation of acquisitions.” While the constitutional notion of marriage in Hungary covers the conjugal union of a man and a woman, registered partnership (reserved for same-sex couples) has existed since 2009, the latter constitutes a civil status and has the same legal effects as marriage except the presumption of paternity, the possibility of joint adoption and of taking part in artificial human reproduction, and the right to use each other’s name or a joint family name. The default property regime is “community of property”.

Keywords: cohabitation, same-sex couples, registered partnership, Hungary, civil code.

Abstrakt: Lebensgemeinschaft ist eine faktische Frage im Ungarischen Recht (man lebt in einer wirtschaftlichen und emotionalen Gemeinschaft im gemeinsamen Haushalt zusammen), sie schafft keinen Personenstand/Zivilstand und ist auch für gleichgeschlechtliche Paare zugänglich. Der gesetzliche Güterstand ist die Zugewinnngemeinschaft. Während der verfassungsrechtliche Begriff der Ehe in Ungarn auf die eheliche Lebensgemeinschaft von Mann und Frau beschränkt ist, existiert seit 2009 die eingetragene Lebenspartnerschaft, welche für gleichgeschlechtliche Paare vorbehalten ist. Dieser schafft zivilrechtlichen Status (Personenstand) und hat dieselben Rechtsfolgen wie eine Eheschließung, ausgenommen die Vermutung der Vaterschaft, das Recht auf die gemeinsame Adoption eines Kindes oder auf die gemeinsame Unterziehung einer künstlichen Befruchtung, sowie das Recht, den Namen des/der anderen Partner(s) oder einen gemeinsamen Familiennamen anzunehmen. Der gesetzliche Güterstand ist die Ehegütergemeinschaft.

Stichwörter: Lebenspartnerschaft, gleichgeschlechtliche Paare, eingetragene Lebenspartnerschaft, Ungarn, Bürgerliches Gesetzbuch

Summary: I. The Aim of this Study and Some Instructions for the Benefit of the Reader. II. Registers with Relevance to the Civil Status in Hungary. 1. Registry of Civil Status (Anyakönyv) and its Role Related to Marriage and Registered Partnership. 2. Additional Registers with Family Law and/or Civil Status relevance. III. Civil Union Recognised by Hungarian Law. 1. Legal Sources of (General or Simple) *Cohabitation aka Civil Partnership* –Available to both Same-sex and Different-sex Couples– in the (new) Civil Code. 2. (Simple) Cohabitation. 3. Rights and Duties of Cohabitants, Property Regime, etc. within (Simple) Cohabitation. 4. Termination of (Simple) Cohabitation (Dis-

solution). IV. Registered Partnership. 1. Notion of Registered Partnership. 2. Establishing Registered Partnership. 3. Rights and Duties of Registered Partners within *Registered Partnership*. 4. Termination and Dissolution of the *Registered Partnership*. V. The Former Registered Partnership as an Impediment to the Subsequent Heterosexual Marriage – Invalidity. 1. The Rules. 2. *Ex officio* Examination of Former Marriage / Registered Partnership Before the Marriage (Registered Partnership) by the Registrar. 3. Annulment of the Subsequent Marriage by the Court. 4. Dissolution of Partnership with a View to Entering into Marriage. VI. Recognition of Foreign Registered Partnerships in Hungary. 1. Rules on the Applicable Law, Recognition of Foreign Registered Partnerships. 2. No Recognition of the Right to use of Each Other's Name. 3. Recognition of Foreign Same-sex Marriage in Hungary as Registered Partnership? VII. Summary. 1. Registry of Civil Status in Hungary. 2. The Different Types of Civil Union Recognised by Hungarian law: (Simple) Cohabitation. 3. The Different Types of Civil Union Recognised by Hungarian law: Registered Partnership Specific to Same-sex Couples. 4. Registered Partnership as an Impediment to a Subsequent (Heterosexual) Marriage. 5. Recognition of Foreign Registered Partnerships in Hungary. Annex No. 1.: Chart on Similarities and Differences among Marriage, Registered Partnership and “Simple” Cohabitation (aka Civil Partnership). Annex No. 2: Translation of Act. No. XXIX/2009 on Registered Partnership and Related Legislation and on the Amendments of Other Statutes to Facilitate the Proof of Cohabitation.

I. The Aim of this Study and Some Instructions for the Benefit of the Reader¹

1. This article presents next the various registers with relevance to the civil status in Hungary (II), then it describes and analyses the civil union, i.e. “simple” cohabitation in Hungarian law (focusing on the notion and legal sources, the rights and duties of the cohabitants and the termination of cohabitation –III). Subsequently, registered partnership – reserved for and accessible to same-sex couples only– is elaborated on (IV) including the most important elements like the notion, establishment, rights and duties of the registered partners and the termination (or dissolution) of registered partnership. This is followed by an analysis of the invalidity of the subsequent (heterosexual) marriage due to an existing registered partnership (V). Then the recognition of foreign registered partnerships (and the refusal of the recognition of foreign same-sex marriages) in Hungary are highlighted (VI). Finally, a short summary closes the analysis (VII).

2. In my analysis, I will refer to the most relevant legal sources as follows:

- Act No. V/2013 on the Civil Code (hereinafter referred to as the Civil Code of Hungary or Civil Code or hCC); it is noteworthy that the new Hungarian Civil Code –which replaced the former one, i.e. Act. No. IV/1959 –was adopted in 2013 and entered into force on 15th March 2014;
- Act No. XXIX/2009 on Registered Partnership and Related Legislation and on the Amendments of Other Statutes to Facilitate the Proof of Cohabitation (hereinafter referred to as the Registered Partnership Act or RPA);
- Act No. XLV/2008 on Non-litigious Notarial Procedures (hereinafter referred to as the Notarial Procedures Act or NPA);
- Act No. I/2010 on Registry Procedures (hereinafter referred to as the Register Act or RA), which is supplemented with the Decree No. 32/2014 (V.19) of the Minister of Justice and Administration (hereinafter referred to as the Register Decree or RD);
- Act No. CLIV/1997 on Healthcare (hereinafter referred to as the Healthcare Act or HA).
- Act No. CLXXV/2013 on the Register of Persons under Guardianship and of Anticipatory Declarations (hereinafter referred to as Guardianship Register Act or GRA);

¹ In 2016 the Swiss Institute for Comparative Law conducted a study on civil partnerships with special regard to same-sex couples. This study was published on 13th March 2017. The author provided a short report on Hungarian law and practice therein in German language. An English up-to-date and more detailed analysis is provided in this paper. Credit goes to my former student Dr. Beáta Judit Sándor, lawyer and project manager (working for “Háttér” – Background – Support Society for LGBT People) for answering my questions on the everyday practice of legal issues of same-sex couples in Hungary.

- Law Decree No. 13/1979 on International Private Law (hereinafter referred to as PiL Decree or PiLD), which is going to be replaced by the new law as of 1st January 2018: Act No. XXVIII/2017 on International Private Law (hereinafter referred to as PiL Act or PiLA).

3. Two annexes follow this paper:

- *Annex No. 1:* Chart on Similarities and Differences among Marriage, Registered Partnership and “Simple” Cohabitation (aka Civil Partnership)
- *Annex No. 2:* Translation of Act. No. XXIX/2009 on Registered Partnership and Related Legislation and on the Amendments of Other Statutes to Facilitate the Proof of Cohabitation

4. In my analysis I could rely on the “National Report: Hungary” of Informal Relationships written by Prof. Dr. Orsolya Szeibert in February, 2015,² which can be accessed on the website of the Commission on European Family Law.³

5. If not indicated otherwise, literary translations of statutes in this paper are those prepared by *Wolters Kluwer Jogtár Online* (an online database service provided by the Wolters Kluwer Kft., 1117-Budapest, Prielle Kornélia u. 21-35.).

II. Registers with Relevance to the Civil Status in Hungary

6. The registry of civil status in Hungary is called “anyakönyv”, i.e., register or registry (cf. subchapter 1.).

7. There are also further registers, which have also some significance in connection with family law or personal status. These additional registers will be indicated separately (cf. subchapter 2.).

1. Registry of Civil Status (Anyakönyv) and its Role Related to Marriage and Registered Partnership

A) Legal sources

8. The Registry and the registration procedure in Hungary are governed by Act. No. I/2010 on Registry Procedures (hereinafter referred to as the Register Act or RA), which is supplemented with De-

² Cf. <http://ceffonline.net/wp-content/uploads/Hungary-IR.pdf>, see also the concrete indications in the footnotes, hereinafter referred to as the SZEIBERT REPORT 2015, last download 12th June 2017.

³ See also the academic publications on cohabitation and registered partnership in Hungarian law available in English written by the same leading author, Professor *Orsolya Szeibert* PhD (Eötvös Loránd University Budapest): O. SZEIBERT (The respective parts on Hungary in), K. BOELE-WOELKI – C. MOL – E. VAN GELDER (eds.), *European Family Law in Action*, Volume V: Informal Relationships, Cambridge, Intersentia, 2015. (European Family Law Series; 38.), O. SZEIBERT “Partnerships in Hungary in the Light of the New Legal Developments: Status or Contract?”, B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law 2012 Edition* (Published on behalf of the International Society of Family Law), Bristol, Jordan Publishing Ltd., 2012. pp. 115-122, O. SZEIBERT “How Cohabitants and Registered Partners Can or Cannot be a Child's Legal Parents in Hungary with a Special View to the ‘Pater Est’ Principle for Cohabitants”, B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law 2011 Edition* (Published on behalf of the International Society of Family Law), Bristol, Jordan Publishing Ltd., 2011. pp. 211-220, O. SZEIBERT “Family Solidarity in Partnerships: Maintenance of Former Spouses, Registered Partners and Cohabitants in Hungary according to the Effective Rules and in the new Civil Code”, B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law, 2010 Edition*: Published on behalf of the International Society of Family Law, Bristol, Jordan Publishing Ltd., 2010. pp. 179-187, O. SZEIBERT “Cohabitation, Registered Partnership and their Financial Consequences in Hungary”, B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law, 2009 Edition*: Published on behalf of the International Society of Family Law, Bristol, Jordan Publishing Ltd., 2009. pp. 203-213, O. SZEIBERT “Same-sex partners in Hungary. Cohabitation and registered partnership”, K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp, Intersentia, 2009. pp. 305-318, O. SZEIBERT “Same-sex partners in Hungary. Cohabitation and registered partnership.” *Utrecht Law Review* 4:(2), pp. 212-221. (2008), O. SZEIBERT “Unmarried partnership in Hungary – Today and de lege ferenda.” *Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis Rolando Eötvös Nominatae - Sectio Iuridica* XLVII: pp. 315-339. (2006), O. SZEIBERT “Unmarried Partnerships in Hungary”, K. BOELE-WOELKI (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerp, Intersentia, 2005. pp. 313-333.

crec No. 32/2014 (V.19) of the Minister of Justice and Administration (hereinafter referred to as the Register Decree or RD). These rules entered into force on 1st July, 2014. Additionally Government Decree No. 415/2016 (XII. 14.) on the Designation of Registry Authorities and on the Qualifications Necessary to Keep the Registry has to be highlighted as one regulating among others, the powers and competences of authorities related to the registry.

B) Content of the register

9. The register keeps records on personal identification data, civil status and other pieces of information provided by law in connection with the so-called “registry events”, i.e., births, marriage, registered partnership (cf. chapter IV. of this paper) and death, including changes thereof like the termination (dissolution) of marriage and registered partnership. Besides, name change procedures (changing of birth and marriage names) must be recorded in the Registry, too.⁴ Among other data, the civil status of a person is duly recorded in the Registry (unmarried, married, registered partner, widowed, widowed registered partner, divorced, divorced registered partner).⁵

10. In relation both to marriage and registered partnership, the following pieces of information are recorded in the Registry:

- Venue and date of the wedding or the establishment of registered partnership;
- Personal identification data of the spouses/registered partners (and the changes thereof);
- Name of the registrar;
- Name of the witnesses and the interpreter (if there was an interpreter);
- Starting date of the (valid) marriage/registered partnership;
- Termination, dissolution or annulment of the marriage/registered partnership; and either spouse’s/registered partner’s acquiring or loss of Hungarian citizenship afterwards.⁶

11. If a record is based on the judgment, order or decree of a court or administrative authority, the issuing court or administrative authority, the number of the judgment, order or decree and the date of the judgment’s, order’s or decree’s being rendered final must be recorded additionally in the Registry, too.⁷

C) Authenticity

12. In the absence of proof to the contrary, the Registry certifies authentically the entries and records registered therein, including their changes. In other words: the Registry contains authentic records until the contrary is proven.⁸

D) Electronic registry system

13. Since the Register Act’s entering into force on 1st July, 2014, the Registry is kept electronically. The system itself is called “Elektronikus Anyakönyvi Nyilvántartás Informatikai Rendszer” (Electronic Registry System) and is abbreviated as “EAK”. Hence there is a huge amount of data, the Registry is being switched from the paper-based form to the electronic system stepwise and gradually.⁹ Consequently, from the 1st July, 2014 on:

⁴ Cf. S. 1 Para 1 and 3 as well as S. 69/A-69/I Register Act. Besides, the so-called “Paternity Statements’ Register” is attached to the Registry, cf. S. 69 Para 2 lit. b) and S. 70 Register Act.

⁵ S. 69/B Para 1 lit. b) Register Act.

⁶ S. 69/D Para 1 lit. a)-d), f)-i); S. 69/E Para 1 lit. a)-h); as far as marriage is concerned, the spouses’ choice on the surname of their future children must be indicated too, cf. S. 69/D Para 1 lit. e) Register Act.

⁷ S. 69/H Register Act.

⁸ S. 1 Para 2 Register Act.

⁹ For the details cf. S. 55-58 of the Register Decree.

- All new entries must be recorded only and exclusively into the Electronic Registry System;¹⁰ and
- All new entries trigger a chain of electronic registrations related to the persons affected by the new entry, depending on the type of event, which is being registered first after the 1st July, 2014.¹¹ If a birth is recorded, the registrar in charge notifies (via the electronic system) those registrars who were and are competent to record the parents' marriage and birth. These latter registrars then record the births and marriage of the parents electronically, too, within 120 days. If a marriage or registered partnership is registered, the registrar notifies the registrars in charge for recording the spouses' or partners' births in the same way. The same applies to the registration of death: the registrar notifies the other registrar in charge for the birth registration of the deceased directly, if the deceased was neither married nor registered partnered; or the notification goes to that particular registrar who is in charge of the registration of marriage or registered partnership if the deceased was married or registered partnered, and as soon as the marriage or registered partnership has been recorded electronically, this 2nd registrar notifies the 3rd one competent to register the birth of the deceased.

E) Authorities keeping the register

14. The Registry is kept and administered by the following public authorities:

- The Registry is generally kept by the *registrars* (“anyakönyvvezető”), i.e., public officials with special qualification who are employed by the municipalities. They have personal and secured access to the electronic registry system “EAK”.¹²
- The *Budapest Capital Government Office* is in charge of recording those “registry events” that occurred abroad.¹³

15. If a man and a woman have the intention to marry, they can apply at any registrar's office at their choice and convenience for the marriage and registration procedure.¹⁴ If two persons of the same sex wish to establish a registered partnership, they have to apply at one of the registrar's offices

- either in one of the districts (“kerület”) of Budapest (the capital), or
- in a city with county rights (“megyei jogú város” – the bigger cities in Hungary have the same rights and the same position under public law as counties), or
- at least at the seat of the district (“járás” – an administrative unit below county level; it is the same word in English but in fact different from the districts of Budapest, the capital).¹⁵

2. Additional Registers with Family Law and/or Civil Status relevance

16. Besides the Registry, which authentically certifies the civil status, there are three more registers that have relevance in connection with cohabitation.

A) The “Register of Cohabitants' Statements”

17. The “*Register of Cohabitants' Statements*” is kept by the “*Hungarian Chamber of Civil Law Notaries*”. The aim of this opt-in and declaratory register is to facilitate the proof of “simple” co-

¹⁰ S. 57 Para 1 of the Register Act.

¹¹ S. 57/A-58/A Register Act.

¹² S. 4 Para 1 lit. c) Register Act.

¹³ S. 2 Para 1 lit. a) Government Decree No. 415/2016 (XII.14.) on the Designation of Registry Authorities and on the Qualifications Necessary to Keep the Registry.

¹⁴ S. 17 Para 1 Register Act.

¹⁵ S. 31 Para 1 Register Act.

habitation through the entry's establishing a *rebuttable presumption* on the fact of cohabitation.¹⁶ (E.g., this register does not have anything in common with the “registered partnership” of same-sex couples!)

B) The “National Register of Property Agreements of Cohabitants”

18. The “*National Register of Property Agreements of Cohabitants*” (just as like that of spouses) is kept by the Hungarian Chamber of Civil Law Notaries, too. Property agreements between cohabitants are valid and effective towards third parties only if the agreement is recorded in this register, or if the partners are able to prove that the third party was aware, or should have been aware that such agreement existed.¹⁷

C) The “Register of Persons under Guardianship and of Anticipatory Declarations”

19. Finally, there is another register that can have significance if it is related to marriage or registered partnership. If the legal capacity of a person has been fully limited by (final and binding) court judgment (and therefore he or she has been placed under guardianship), he or she cannot marry or enter into a registered partnership.¹⁸ The so-called “*Register of Persons under Guardianship and of Anticipatory Declarations*” certifies the fact of being placed under guardianship.

- This register is kept (electronically) by the “*National Office for the Judiciary*”,¹⁹ which is the central administrative body of the courts.²⁰
- The “Register of Persons under Guardianship and of Anticipatory Declarations” certifies authentically all personal data and guardianship information recorded therein.²¹
- If someone is placed under guardianship due to fully limited legal capacity by a final and binding judgment, it is the trial court's task to make the appropriate entry into the register.²²
- The registrars have direct access to this register, too, in order to inspect whether those who applied for marriage or registered partnership have legal capacity.²³
- Anybody can file a request for information recorded in the register if the requester either proves his or her legitimate interest on acquiring information through substantiating the transaction or other right that justifies his or her request or indicates a special rule, which entitles him to obtain information.²⁴

III. Civil Union Recognised by Hungarian Law

20. There are two different types of civil union in the Hungarian law. The first one is the (simple) *cohabitation* or as it is called in the English translation of the Hungarian Civil Code: “*civil partnership*”.

¹⁶ For the details see subchapter III.2.B. below.

¹⁷ For the details see subchapter III.3. below.

¹⁸ S. 4:10 Para 1 hCC.

¹⁹ S. 18 Para 1 Guardianship Register Act.

²⁰ The National Office for the Judiciary (NOFJ) is not a court itself. The president of the NOFJ is in charge of all central administrative matters of the courts. According to Article 25 Para 5 of the Basic Law (i.e., the Hungarian Constitution): “The President of the Országos Bírósági Hivatal (National Office for the Judiciary) shall manage the central administrative affairs of the courts. The Országos Bírői Tanács (National Committee of Justices) shall oversee the central administration of courts. The Országos Bírői Tanács and other bodies of judicial self-government shall participate in the administration of the courts.” Para 6 adds: “The President of the Országos Bírósági Hivatal shall be elected by Parliament from among the judges for a period of nine years on a recommendation by the President of the Republic. The President of the Országos Bírósági Hivatal shall be elected by a two-thirds majority of votes of Members of Parliament. The President of the Kúria shall have a seat in the Országos Bírői Tanács, and other members shall be elected by the judges as specified in an implementing act.”

²¹ Cf. S. 3 Para 3 Guardianship Register Act.

²² S. 4 Guardianship Register Act.

²³ S. 6 Para 2 lit. h) Guardianship Register Act.

²⁴ S. 7 Guardianship Register Act.

The cohabitation or civil partnership is available to both different-sex and same-sex couples. The Hungarian law follows the factual model in this field, i.e., the cohabitation comes into being upon the realisation of the conceptual elements described in the Civil Code without any formalities or registration.²⁵

21. The other type of civil union is *registered partnership*, which is reserved for and available to same-sex couples only and grants same-sex couples almost all the rights and obligations that married couples have. As I will indicate, registered partnership is established if two persons of the same sex declare before the registrar personally that they wish to establish a registered partnership with one another. I will provide you with information on this kind of civil union (reserved for same-sex couples) below in chapter IV.

22. The former civil code of 1959 originally did not contain any provisions on civil partnership, though the number of couples living in (simple) cohabitation increased after World War II. Act No. IV/1977 –which reformed the civil code profoundly and in many aspects– was the first to introduce codified rules on patrimonial relationship between cohabitants. The new rule back then was placed into Title III (contract law special part) Chapter XLVI (company or partnership constituted under civil law), which shows that civil union was perceived as a kind of contractual relationship and not as a family relationship. According to S. 578 Para 1 of the (former) civil code (as entered into force on 1st March 1978):

“Domestic partners –i.e. a man and a woman living together outside of wedlock in an emotional and financial community in the same household– shall acquire joint title to property in proportion to their contribution for acquisition while cohabiting. If the ratio of contribution cannot be determined, it shall be considered equal. Work done in the household shall be construed as contributing to acquisition.”

23. Later S. 578 Para 1 was relocated as S. 578/G Para 1, however the content remained the same until 19th June 1996. In its decision No. 14/1995 (III.13.) the Constitutional Court of Hungary declared the rule that contained the notion of “domestic partners” unconstitutional and repealed it, because the notion was restricted to couples of different sexes. Though marriage was and is protected through and by the constitution, thus marriage and family are constitutional values, this does not exclude that the state can protect other forms of communities of life different from marriage. The long lasting community of life of two persons can represent a value which deserves acknowledgement by the law –with special regard to human dignity as a fundamental right– irrespective of the sex of the persons living together. The different handling of same-sex couples (from the point of view of civil partnership) may equal to discrimination unless it is justified by those peculiarities that can be attributed by their nature to different-sex couples only. As a result, the notion of “domestic partners” was relocated into the new S. 685/A as follows:

“Domestic partners are –unless any legislation provides for otherwise– two persons living together outside of wedlock in an emotional and financial community in the same household (cohabitation)”

24. The (quite short) provisions on “civil partnership” were amended only one more time, namely in 2009, when the Registered Partnership Act entered into force. The crucial point and the aim of the legislator were to clarify the relationship between the “simple” partnership (provided for in the civil code) and the “registered partnership” (provided for in a separate act), i.e. to differentiate between the two accordingly. The last wording of the relevant rules in the (former) civil code was as follows (in force from 1st July 2009, until 14th March 2014 when the former civil code was replaced by the new one):

S. 578/G Para (1): *“Domestic partners shall acquire joint title to property in proportion to their contribution for acquisition while cohabiting. If the ratio of contribution cannot be determined, it shall be considered equal. Work done in the household shall be construed as contributing to acquisition.”*

S. 685/A: *“Domestic partners shall be construed as two persons living together outside of wedlock or registered partnership in an emotional and financial community in the same household (cohabitation),*

²⁵ Cf. SZEIBERT REPORT 2015, p. 5.

provided that neither of them is engaged in wedlock or partnership with another, registered or otherwise, and that they do not stand in any relationship to one another, including brother and sister (whether by whole or half blood)."

25. Now I will give you a brief summary on the general *cohabitation* or *civil partnership* here. In order to facilitate the differentiation between the two types, I will consequently use the term *cohabitation*, despite the fact that the English version of the (new) Civil Code contains the other term (*civil partnership*).

1. Legal Sources of (General or Simple) *Cohabitation aka Civil Partnership* – Available to both Same-sex and Different-sex Couples – in the (new) Civil Code

26. Cohabitation is regulated in two different books of the (new) Civil Code.

27. In the *third part of book 4 (Family Law)* the “*Family Law Consequences*” of cohabitation are regulated, which covers

- the *maintenance* (alimony) obligations of the cohabitants after the termination of the cohabitation in title VII (S. 4:86-4:91, entitlement for maintenance, undeserving or unworthiness, agreement to provide lump-sum maintenance, etc.) on the one hand;
- and the right of tenancy, i.e., the rules on judicial arrangement of the *use of common dwelling* after the termination of the cohabitation in title VIII (S. 4:92-4:95) on the other hand.

28. In the *third part (Types of Contracts)* of *book 6 (Law of Obligations)* title XXV contains some general rules on cohabitation, which is regarded as a special contract (i.e., contractual relationship) by and between the cohabitants. Besides the establishment and termination of cohabitation (S. 6:514), the partnership contract (i.e., property contract between the cohabitants, cf. S. 6:515), the default property regime (S. 6:516) and finally, the contractual arrangement of the right of tenancy (S. 6:517) are covered here.

29. It needs and deserves explanation why the rules on cohabitation were and are split in the new civil code. Namely, this is not the status as the draft was submitted by the Academic Codification Committee to the Ministry of Justice,²⁶ and not even as the governmental draft bill²⁷ was submitted to Parliament. Since both contained all rules on “civil partnership” together in the 4th book (Family Law) and the “civil partnership” was considered unambiguously as a family (law) relationship.²⁸ The result – as the Civil Code contains now rules on cohabitation at two different places and some rules were taken out of the draft bill – can be traced back to a motion for amendment submitted by the smaller governing party (the Christian Democratic Party), which has finally been approved by the majority of Parliament.²⁹

30. There had been reasons of ideological and political nature in the background. The reading of the draft bill on the new civil code in Parliament was namely running in parallel with a kind of “constitutional bargaining” between the Constitutional Court and the Parliament at that time.

²⁶ Cf. L. VÉKÁS (ed.), *Az új Polgári Törvénykönyv Bizottsági Javaslatát magyarázatokkal (The Draft Civil Code prepared by the Committee with Commentaries)*, Budapest, Complex, 2012, S. 4:86-4:101, pp. 224-230.

²⁷ Cf. Draft Bill (as submitted to Parliament) No. T/7971, S. 4:86-4:101, pp. 140-143, accessible at <http://www.parlament.hu/irom39/07971/07971.pdf>, last downloaded on 16th June, 2017.

²⁸ As the head of the Codification Committee Lajos Vékás stated, private law has to follow the social changes and the change of the common opinion towards civil partnership in particular. 40% of the children in Hungary were born out of wedlock by that time. Many public law legislations already acknowledged civil partners as each other’s family members. Cf. L. VÉKÁS, “Bírálat és jobbitó észrevételek az új Ptk. törvényjavaslatához (a zárószavazás előtt) / (Criticism and Remarks for Improvement on the Draft Bill of the New Civil Code – Before the Final Vote)”. *Magyar jog*, 1/2013, p. 2.

²⁹ Cf. Motion for Amendment No. T/7971/106, accessible at <http://www.parlament.hu/irom39/07971/07971-0106.pdf>, last downloaded on 16th June 2017.

- The parliament had enacted a bill in 2011 on the Protection of Families (Act No. CCXI/2011) that reflected the order of values of the conservative government on family and marriage. According to S. 7 Para 1 of this bill, only marriage (between a man and a woman), lineal relatedness (affinity) and guardianship in a family can be seen as the bases of a family.
- However, the Constitutional Court declared – in its decision No. 43/2012 (XII.20.) – this narrow notion of family as unconstitutional and repealed S. 7 and 8 of the Family Protection Act. The Constitutional Court referred to its earlier decisions and emphasized (again) that the constitutional protection of family applies beyond the families by marriage also to family life in terms of sociology (among other things in order to ensure the equal protection of children born within or out of wedlock). Family and marriage – though mentioned in and protected by the same article of the “Basic Law” (which is the new constitution of the country) – are not linked to each other in a way that only marriage could constitute a family. Nevertheless, S. 7 Para 1 of the Family Protection Act restricted the notion of family to the narrowest possible content. The Constitutional Court highlighted that also other forms of communities of life (different from marriage and lineal relatedness) can deserve acknowledgement and protection by law and state, like, for example, when cohabitants take care and grow up one another’s children; cohabitants (of different sexes) who do not want or cannot have children; persons taking care of their brothers and sisters or of the children of their brothers and sisters; grandparents taking care of their grandchildren; persons taking care of elderly relatives not being in lineal affinity with them, etc. According to the Constitutional Court’s view, these durable emotional and financial communities following common goals, wherein care is mutually provided, were already recognized as “families” by many special legislations, therefore, the application of a much narrower notion (like that of the Family Protection Act) would result in an unconstitutional restriction of the level of protection of emotional and financial communities already present in the legal system. The different notions of family in the Family Protection Act on the one hand and in other special legislations on the other infringed the constitutional requirements of predictability (and rule of law).³⁰
- Since the governing parties had the two-third majority necessary to amend the “Basic Law” (i.e. the constitution), the 4th amendment of the Basic Law was enacted in 2013 and the narrow definition of family was incorporated into the Basic Law itself as its Art. L Para 1 Sentence 2 as follows: “*The basis for family relationship is marriage, as well as the relationship between parent and child.*” Once it became part of the Basic Law (constitution), from that very moment on, the narrow definition of family could not be challenged any more and even less evaluated and declared to be unconstitutional by the Constitutional Court. The narrow notion of family became thus untouchable thereby.

31. As a result, there was no longer any constitutional obstacle that could have restrained the majority of the Parliament to keep only those rules on cohabitation in the 4th (i.e. family law) book of the new civil code, whereby cohabitation had (and has) any family law consequences only if the cohabitants have a common child.³¹ If we try to reconstruct the reasoning behind: since family is based either on marriage or on parent-child relationship, and cohabitants are not married, they qualify as a family i.e. the rules on their relationship fit into the book on family only if they both “create” a parent-child relationship, i.e. they have a common child. (All other rules applicable to cohabitants were placed into book 6 on the law of obligations, after the rules on the various types of contracts.) This is a serious restriction since it was intended in the original draft bill to provide the cohabitants with a claim of maintenance and with the right of use of common dwelling after dissolution even if they did not have a common child but

³⁰ Cf. Paras 34-35, 38, 42-46 of decision No. 43/2012 (XII.20.).

³¹ Actually, the motion for amendment submitted by the Christian Democratic Party had been approved the same day when the decision of the Constitutional Court had been declared, i.e. even much earlier than the Basic Law was finally amended. See in this respect L. VÉKÁS, “Bírálat és jobbító észrevételek az új Ptk. törvényjavaslatához (a zárószavazás előtt) / (Criticism and Remarks for Improvement on the Draft Bill of the New Civil Code – Before the Final Vote)”. Magyar jog, 1/2013, pp. 2-3.

the cohabitation had existed at least for ten years.³² Consequently (as it is provided for in the new civil code now), cohabitants do not enjoy any protection by law after the dissolution of their partnership (in particular not from the point of view of maintenance and the right of use of the common dwelling) unless they have a common child (for the details see subchapter III.4.B and C). Thus – as Szeibert points out – cohabitation is considered now in the (new) civil code “both as a contract and as a contract with family law consequences.”³³ This has been heavily criticized in the Hungarian legal literature, with special regard to the fact that the weaker partner completely depends on the mercy of the other partner; she or he can remain without any claim of maintenance and/or residence even after the dissolution of a very long lasting cohabitation (without a common child), which is even more unjust if the partner is unemployed, sick and/or of higher age.³⁴ The split regulation involves a couple of other inconsistencies, too. Though some rules on cohabitation can already be found in the 4th book (family law), the notion of (simple) cohabitation is defined only in S. 6:514, i.e. in the 6th book (obligations). There is a split even between interrelated rules on the same subject matter: while the provisions on judicial arrangement of the use of common dwelling after dissolution of the cohabitation are placed in book 4 (family law), the legal framework of contractual arrangement of the right of tenancy can be found in book 6 (obligations) only.³⁵ These all are symptoms of a fundamental contradiction caused by conservative policy considerations.

2. (Simple) Cohabitation

A) Notion, constituting elements and their interpretation in case law

32. The notion of cohabitation can be found in S. 6:514 Para 1 hCC:

“Civil partnership means when two persons are living together outside of wedlock in an emotional and financial community in the same household (hereinafter referred to as „cohabitation”), provided that neither of them is engaged in wedlock or partnership with another person, registered or otherwise, and that they are not related in direct line, and they are not siblings.”

33. The Hungarian law follows the factual approach, which means that the cohabitation does not constitute, i.e., being a cohabitant is not a civil status.³⁶ S 6:524 Para 2 points out that cohabitation

³² Interestingly, another legislation (of public law nature) in force, namely S. 45 Paras 1 and 2 Act No. LXXXI/1997 on Social Security Pension Benefits extends the so-called widow’s pension to domestic partners (i.e. cohabitants or civil partners), provided the domestic partners had been living together for one year continuously and they had a child; or had been living together for ten consecutive years. This law seems to be in line with the original draft of the codification committee and of the Ministry of Justice, but not with the new civil code as enacted finally and entered into force.

³³ SZEIBERT REPORT 2015, p. 9. Similarly L. VÉKÁS, “Bírálat és jobbító észrevételek az új Ptk. törvényjavaslatához (a zárószavazás előtt) / (Criticism and Remarks for Improvement on the Draft Bill of the New Civil Code – Before the Final Vote)”. Magyar jog, 1/2013, p. 3.

³⁴ O. SZEIBERT, “Élettársak – a villikirály lányai vagy szürkellő fűzfák? A de facto élettársi kapcsolat szabályozásának margójára (Cohabitants - the Elf-king’s Daughters or Grey Ancient Willows? On the Margin of the Rules on de facto Civil Partnership)”, <http://ptk2013.hu/szakcikkek/szeibert-orsolya-elettarsak-a-villikiraly-lanyai-vagy-szurkello-fuzfak/1699>, last download on 16th June 2017. E. KRISTON, “Az élettársi kapcsolatok szabályozása az új Ptk. tükrében (The Regulation of Civil Partnership in the Mirror of the New Civil Code)”. ADVOCAT, 1-2/2014, pp. 37, 39-40. F. FERENCZI, “Az élettársi kapcsolat magyar szabályozása és az Élettársi Nyilatkozatok Nyilvántartása (The Rules on Civil Partnership in Hungary and the Register of Cohabitants’ Statements)”. Debreceni Jogi Műhely, 3-4/2015, Chapter 2 Subchapter 2, accessible here: http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/3_4_2015/az_elettarsi_kapcsolat_magyar_szabalyozasa_es_az_elettarsi_nyilatkozatok_nyilvantartasa/, last download: 16th June 2017. L. VÉKÁS, “Bírálat és jobbító észrevételek az új Ptk. törvényjavaslatához (a zárószavazás előtt) / (Criticism and Remarks for Improvement on the Draft Bill of the New Civil Code – Before the Final Vote)”. Magyar jog, 1/2013, p. 2. E. REIDERNE BÁNKI, Az élettársi kapcsolat az új Polgári Törvénykönyv tükrében (The Civil Union in the Mirror of the New Civil Code), in B.-A. KESERŰ – Á. KÓHIDI (eds.), *Tanulmányok a 65 éves Lenkovich Barnabás tiszteletére (Essays in Honor of the 65th birthday of Barnabás Lenkovich)*, Budapest – Győr, Eötvös József Könyvkiadó, 2015, pp. 375, 380.

³⁵ E. REIDERNE BÁNKI, Az élettársi kapcsolat az új Polgári Törvénykönyv tükrében (The Civil Union in the Mirror of the New Civil Code), in B.-A. KESERŰ – Á. KÓHIDI (eds.), *Tanulmányok a 65 éves Lenkovich Barnabás tiszteletére (Essays in Honor of the 65th birthday of Barnabás Lenkovich)*, Budapest – Győr, Eötvös József Könyvkiadó, 2015, p. 375.

³⁶ O. SZEIBERT, in L. VÉKÁS – P. GÁRDOS (eds.), *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz (Commentary on the Civil Code)*, Budapest, Wolters Kluwer, 2014, p. 2222.

comes into existence upon the realisation of the conditions (conceptual elements) specified in Para 1 of S. 6:514. (Cohabitation does not have to be officially reported or registered anywhere.)

34. The constituting elements are:

- common household,
- emotional fellowship,
- and economic (financial) partnership.

35. The Hungarian courts use a strict interpretation on the realisation of those elements; they focus on external signs like:

- whether the partners' belonging together is also obvious to third parties;
- and/or the partnership has a marriage-like character;
- whether the emotional ties are mutual or not (emotional closeness is seen as one required to be mutual and reciprocal);
- whether the partners cooperate in achieving common aims and they use their income accordingly together,
- whether they maintain a common way of living, etc.³⁷

36. If either party contests the existence and/or the commencement date of the cohabitation, the courts evaluate the constituting elements in their complexity,³⁸ i.e., if one of the elements is temporarily missing or appears in an atypical form, it does not necessarily mean that there was (is) no cohabitation.

- For example, if there is emotional fellowship and a kind of economic community, but one of the parties is hospitalised for a longer time (for example into a rehabilitation centre after a stroke, etc.) and therefore the partners do not live physically together in this period, the court stated nevertheless that the parties were cohabitants.³⁹
- The same stands true if the partners' intention is to enter into a long-term cohabitation, they have a common home and there is definitely a close tie of love and affection between them, but one of them cannot significantly contribute to the incomes of their partnership, because he or she is still a student.⁴⁰

37. Two more important factors are also highlighted in the recent scholarship.

- First, one of the constituting elements, namely economic partnership or community must be reconsidered and/or reinterpreted in the court practice, since in the new civil code the default property regime between cohabitants is not the “community of property” any more as it was in the former civil code, i.e., they acquire property and assets now separately and independently during their cohabitation, a claim for division of the acquired property (accession and gains) emerges only with their separation.⁴¹

³⁷ Cf. SZEIBERT REPORT 2015, pp. 4-5.

³⁸ SZEIBERT REPORT 2015, p. 5.

³⁹ O. SZEIBERT, in L. VÉKÁS – P. GÁRDOS (eds.), *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz (Commentary on the Civil Code)*, Budapest, Wolters Kluwer, 2014, p. 2220.

⁴⁰ With reference to judgment No. BDT 2008. 1805 A. OSZTOVITS, in A. OSZTOVITS (ed.), *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja (Large Commentary on the Act No. V/2013 and on the Related Statutes)*, Vol. III, Budapest, Opten, 2014, p. 1327. According to E. REIDERNÉ BÁNKI, *Az élettársi kapcsolat az új Polgári Törvénykönyv tükrében (The Civil Union in the Mirror of the New Civil Code)*, in B.-A. KESERŰ – Á. KÖHIDI (eds.), *Tanulmányok a 65 éves Lenkovics Barnabás tiszteletére (Essays in Honor of the 65th birthday of Barnabás Lenkovics)*, Budapest – Győr, Eötvös József Könyvkiadó, 2015, p. 382, even couples having a lower income and spending this as a whole for the costs of living, i.e. whose goal is “only” to come up for the expenses of life together, shall qualify as cohabitants even if there is no growth in assets at all to share in the end of their relationship as cohabitants.

⁴¹ O. SZEIBERT, in Gy. WELLMANN (ed), *Kötelmi jog, harmadik, negyedik, ötödik és hatodik rész (Law of Obligations, Parts*

- Second, since in the case of the termination of the cohabitation, if the community of life existed for at least one year, and the partners have a common child, the former partner in need can have a claim for alimony (maintenance) against the other partner (cf. subchapter III.4.B. below), the courts cannot conclude that there was no cohabitation at all because the relationship lasted too short (at least not if the relationship lasted at least one year provided that all other prerequisites of cohabitation were met).⁴²

38. Cohabitation can exist also if one of the cohabitants or both of them are married or live in a registered partnership provided that his/her or their “community of life” in the marriage or registered partnership already ceased, which is a question of fact again. In other words: if there is nonetheless a valid marriage or registered partnership but it exists only as a mere and empty legal bond without a true “matrimonial community of life” in fact, then the matrimonial bond (or registered partnership) as such does not exclude the cohabitation’s coming into being.⁴³

B) The possibility of registration of the “simple” cohabitation

39. To make matters more confusing, cohabitation can be registered (there is an opt in model of registration), which shall not be confused and mixed up with the *registered partnership reserved for same-sex couples* (discussed below in chapter IV). In order not to mix them up here, I will use the term “*registered cohabitation*” for the cohabitations that are registered in the so-called “*Register of Cohabitants’ Statements*” which is kept and maintained by the “*Hungarian Chamber of Civil Law Notaries*”. The most important features of this register and of the possibility of registration are the following:⁴⁴

- Making a statement on the existence of cohabitation is *voluntary*.
- The registration does not have a constitutive character but only a *declaratory* one. In other words: it is not the registration that establishes cohabitation but only the realisation of the constituting elements as described above.⁴⁵ The aim is to facilitate the proof of the cohabitation (including the date of establishing cohabitation).
- The registration of cohabitation results in a *rebuttable presumption* on the fact of cohabitation, thus it is possible to rebut the presumption through proving that the cohabitation did not in fact exist or that the community of life began at a later date.⁴⁶

40. If two persons of the same or different sex over 18 years of age and having legal capacity make a joint statement before the notary public that they are living in cohabitation, then the notary public records this common statement in the register.⁴⁷

41. From that registration on, the register certifies the cohabitation up to the date when one of the cohabitants dies, gets married or enters into a registered partnership (which is reserved for same-sex couples) or makes a unilateral statement before the notary public that the registered cohabitation does not exist any longer.⁴⁸

three, four, five and six) – Az új Ptk. Magyarázata VI/VI. (Commentaries on the New Civil Code), 2nd revised edition, Budapest, HVGORAC, 2014, p. 454.

⁴² O. SZEIBERT, in GY. WELLMANN (ed), *Kötelmi jog, harmadik, negyedik, ötödik és hatodik rész (Law of Obligations, Parts three, four, five and six) – Az új Ptk. Magyarázata VI/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, HVGORAC, 2014, p. 455.

⁴³ SZEIBERT REPORT 2015, p. 3-4.

⁴⁴ Cf. S. 36/E-36/G of the Notarial Procedures Act.

⁴⁵ SZEIBERT REPORT 2015, p. 5.

⁴⁶ SZEIBERT REPORT 2015, p. 5.

⁴⁷ Cf. S. 36/E Para 1 lit. a) Notarial Procedures Act.

⁴⁸ Cf. S. 36/E Para 1 lit. b) and Para 2-3, Para 4 lit. d) Notarial Procedures Act.

42. “The register may certify only one cohabitation per person”⁴⁹ since the next cohabitation with another person (new partner) cannot be registered while the earlier cohabitation with the former partner is certified (the easiest way to get the new cohabitation registered and to get rid of the former registration is to make the so-called non-existence statement –meaning that the cohabitation does not exist anymore– which can be declared unilaterally).

3. Rights and Duties of Cohabitants, Property Regime, etc. within (Simple) Cohabitation

43. Simple cohabitation has by far not the same legal consequences as marriage or registered partnership for same-sex couples. However, the content of the legal relationship between cohabitants is not a legal black hole any more. The civil code covers some rights and duties of cohabitants during and after cohabitation. Judicial practice has also contributed significantly to the legal duties of cohabitants towards each other.

44. Not even if the cohabitants are of the different sex does simple cohabitation induce a presumption of paternity (unless the cohabitants take part in a special artificial human reproduction procedure), therefore the father has to make a paternity acknowledgment statement. Cohabitants cannot adopt a child jointly so as they both would become the legal parents of the child.⁵⁰

45. Simple cohabitants are not statutory heirs of each other; they can inherit only by way of last will (testamentary succession) after one another.

46. The civil code introduced a new default property regime for cohabitants, which is similar to the regime of “*participation in acquisitions*” (like the German *Zugewinnngemeinschaft*), which is actually an alternative (opt in) regime for married couples, too (the default property regime for married couples is still the community of property and this applied to cohabitants under the former civil code).

47. As it is described in the Szeibert Report 2015, where the author explains S. 6:516 hCC:⁵¹

- “The cohabitants are the *owners of any acquired property* during their community of life and *joint ownership is not established* by simply being cohabitants.
- In the case of *separation*, both cohabitants may claim from one another the *division of the other’s acquired property*. (Personal and other assets, which belong to the separate property of the spouses in the matrimonial community of property regime, do not belong to acquired property.)
- A cohabitant may claim for his or her participation and *in proportion to the contribution* he or she has made in acquiring such property.
- The work done in the *household, caring for children and working in the business* of the other cohabitant is considered to be a contribution to acquiring that property.
- When this proportion cannot be calculated, the contribution is considered to have been *equal except if this results in an unfair disadvantage* for the other cohabitant.”

48. S. 6:516 Para 4 refers explicitly to the “participation in acquisitions” regime between spouses, which applies *mutatis mutandis* to property relationship between cohabitants.

49. Cohabitants can enter into a *property agreement* and they can arrange their financial relationship thereby in advance.

⁴⁹ Cf. SZEIBERT REPORT 2015, p. 6 and S. 36/E Para 3 Notarial Procedures Act.

⁵⁰ Cf. S. 4:98 hCC: „[Facts establishing paternity] Paternity is established: a) by way of wedlock; b) by way special procedures for the purpose of human reproduction in the case of civil partnerships (hereinafter referred to as „reproduction procedure”); c) by way of acknowledgement of paternity; or d) by way of court decision.” See also O. SZEIBERT, in GY. WELLMANN (ed), *Kötelmi jog, harmadik, negyedik, ötödik és hatodik rész (Law of Obligations, Parts three, four, five and six) – Az új Ptk. Magyarázata VI/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, pp. 456-457.

⁵¹ SZEIBERT REPORT 2015, p. 28.

- They can *opt for any matrimonial property* regime, i.e., they can choose the “community of property”, the “participation of acquisitions” or the “separation of property” system and they are also entitled to deviate from the statutory rules of these regimes.⁵²
- The agreement underlies strict formality requirements: must be executed in a “*public*” (*notarial*) deed or *private document countersigned (attested) by an attorney*.⁵³
- The property agreement between cohabitants is valid and effective in dealing with and *towards third parties* only if the agreement is recorded in the “National Register of Property Agreements of Cohabitants”, or if the partners are able to prove that the third party was aware, or should have been aware that such agreement existed, including its contents. (This register is also kept by the Hungarian Chamber of Civil Law Notaries. The entry of the property agreement establishes a rebuttable presumption on the existence thereof. The agreement itself must be attached to the request for getting it registered. The request has to be filed by both cohabitants together.⁵⁴ Anybody can file a request for information whether someone has such a property agreement, if the requester proves his or her legitimate interest substantiating the transaction, contract to be entered into or other claim or right to the notary’s reasonable satisfaction. Information on the content of the property agreement can be provided only with the prior written consent of either cohabitant.⁵⁵)

50. S. 6:517 hCC covers the partners’ agreement on the use of common dwelling (right of tenancy) after the termination of the cohabitation. The cohabitants can agree upon this either before entering into or under the duration of their cohabitation but also following the termination thereof. S. 6:517 Para 2 refers to the rules on the use of the common home of spouses with regard to the right of tenancy of a child.

51. Besides, the Curia (i.e., the Hungarian Supreme Court) developed a practice whereby cohabitants are expected to support and maintain each other. This duty remained uncodified, the Civil Code does not provide any explicit rule on this.⁵⁶

4. Termination of (Simple) Cohabitation (Dissolution)

A) Termination (dissolution) in general

52. According to S. 6:514 Para 2 hCC, cohabitation terminates if

- the cohabitants marry each other, or
- enter into registered partnership with each other, or
- their community of life ends.

53. This rule reflects again the factual character of cohabitation: no formality is required to terminate cohabitation. If one of the cohabitants disagrees on the existence and/or date of the termination of the cohabitation, the burden of proof lies with him or her. From this point of view “the lack of conceptual elements” (common household, emotional fellowship and economic partnership) is decisive.⁵⁷

54. (Let us not forget the possibility to get the “simple” cohabitation registered in the “*Register of Cohabitants’ Statements*” kept by the Hungarian Chamber of Civil Law Notaries, which is voluntary

⁵² Cf. S. 6:515 Paras 1-2 hCC.

⁵³ S. 6:515 Para 1 hCC.

⁵⁴ S. 36/H Para 4, S. 36/I Paras 1-2 Notarial Procedures Act.

⁵⁵ S. 36/K Paras 3 and 5 Notarial Procedures Act.

⁵⁶ SZEIBERT REPORT 2015, p. 20. See also E. REIDER NÉ BÁNKI, Az élettársi kapcsolat az új Polgári Törvénykönyv tükrében (The Civil Union in the Mirror of the New Civil Code), in B.-A. KESERŰ – Á. KÓHIDI (eds.), *Tanulmányok a 65 éves Lenkovich Barnabás tiszteletére (Essays in Honor of the 65th birthday of Barnabás Lenkovich)*, Budapest – Győr, Eötvös József Könyvkiadó, 2015, p. 374 with reference to the judgment of the Supreme Court published as BH 2005.141, and p. 377, where she pleads for the explicit incorporation of this obligation into the civil code.

⁵⁷ SZEIBERT REPORT 2015, pp. 5-7.

and declaratory only, establishing a rebuttable presumption on the existence of the cohabitation. In this regard, either of the parties can submit a non-existence statement before the notary public, i.e. a statement that the registered cohabitation does not exist any longer.)

55. Although this is not explicitly mentioned in the civil code, cohabitation obviously comes to an end if either of the cohabitants dies.

B) Maintenance after dissolution

56. According to S. 4:86 Para 1, S. 4:87 and S. 4:88 hCC, the former partner *can claim maintenance* from the other partner immediately after the termination of the cohabitation or if the need emerges later on, but not later than within one year following the termination (in the latter case only if there are exceptional circumstances) if

- the claimant lacks the *necessary means to maintain himself/herself* (and he or she is not at fault for not being able to do so, i.e., he or she took all measures that can be reasonably expected according to the common belief in society to ensure his or her living expenses⁵⁸), and
- the *community of life* existed *for at least one year*, and
- they have a *common child*,⁵⁹ and
- the other party *would not seriously jeopardise his or her own maintenance* or the maintenance of *his or her child*, and
- there is *no unworthiness* on the claimant's side.⁶⁰

57. The *unworthiness* of the claimant thus releases the other partner from this statutory obligation. According to S. 4:87 Para 1 hCC, the former cohabitant (claimant) shall be considered unworthy if

- the claimant's gross misconduct (extremely objectionable behaviour) or his or her reprehensible lifestyle contributed primarily to the termination of the cohabitation, or
- his or her behaviour after the termination has seriously infringed the interests of the other party or that of his or her resident relatives.⁶¹ (However, the acts or omissions of the other former partner shall be taken into consideration too).

58. According to S. 4:91 hCC to all the details not regulated in this title the general provisions on maintenance of relatives apply, among other things to the amount of maintenance, means of providing and duration of the obligation, changes of the amount and duration, etc.

- Generally, maintenance is a *periodical payment due in every month in a fixed amount* (i.e., not a percentage of the income), which cannot exceed the half of the income of the debtor. (However, according to S. 4:89 hCC the parties can agree in a notarial deed or private document countersigned by an attorney to replace the periodical payment with a lump sum payment or with providing assets of kind value.)

⁵⁸ O. SZEIBERT, in A. KÖRÖS, *Családjog (Family Law) – Az új Ptk. Magyarázata III/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, p. 169.

⁵⁹ Also if the common child was born before or after the period the partners cohabited, cf. O. SZEIBERT, in A. KÖRÖS, *Családjog (Family Law) – Az új Ptk. Magyarázata III/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, p. 170.

⁶⁰ According to S. 4:89 Para 1 Lit. a) of the draft submitted by the Codification Committee and of the draft bill as submitted to the Parliament the claim would have existed even if there had not been a common child but the community of life had existed for at least ten years. Cf. L. VÉKÁS (ed.), *Az új Polgári Törvénykönyv Bizottsági Javaslatát magyarázatokkal* (The Draft Civil Code prepared by the Committee with Commentaries), Budapest, Complex, 2012, S. 4:89 Para 1, p. 225; and Draft Bill (as submitted to Parliament) No. T/7971, S. 4:89 Para 1, p. 140. This has been taken out during the reading in Parliament.

⁶¹ See also SZEIBERT REPORT 2015, p. 25.

- The obligation to pay maintenance *can be limited to a fixed period* in time or until a certain event occurs or a *condition* is fulfilled.
- The maintenance can be *adjusted* accordingly if the *circumstances change* and this infringes the legitimate interests of either of the parties.⁶²

59. The right to receive maintenance from the former cohabitant *ceases* if

- the claimant gets married, or
- enters into a registered partnership,
- or establishes another (simple) cohabitation with another person.⁶³

C) Right of use of common dwelling after dissolution

60. The civil code contains specific provisions on the judicial arrangement of the use of common dwelling after the termination of cohabitation (it is called in the official English translation of the hCC. as the “right of tenancy”). These provisions follow the model for the use of matrimonial home after the divorce of the spouses.⁶⁴ (As referred to earlier, the cohabitants can agree upon the use of the common dwelling in advance, including the use after the termination of the cohabitation, but such an agreement can be concluded after the termination of the cohabitation, too.)

61. If the cohabitants had a *common legal title* (joint ownership, joint usufruct or if both of them were contracting parties to the tenancy agreement)⁶⁵ to use the dwelling, this is taken into consideration accordingly, just as the *interest of a common child of minor age* (if any) with the right of tenancy for appropriate housing.⁶⁶

62. The general rule on the judicial arrangement of the use of the common dwelling after the termination of the cohabitation – in lack of a common legal title of the use – can be found in S. 4:94 hCC. The court may award the right to the former partner – at his/her request – *to continue using the common home occupied under the exclusive legal title of the other partner* (sic!),

- if their cohabitation *existed for at least one year*, and
- if this is justified in the interest of providing appropriate housing under the right of tenancy *of a minor child born during their relationship* (Para 1),⁶⁷
- unless the claimant has a vacant home elsewhere, or a home that can be made vacant by means of a unilateral statement (Para 6).⁶⁸

63. Regarding the means of use

⁶² See generally the SZEIBERT REPORT 2015, pp. 25-26 with a brief analysis on the relevant articles of the hCC (S. 4:205 Para 6, S. 4:207, S. 4:209 Paras 1-2, S. 4:210. Para 1 hCC).

⁶³ S. 4:91 hCC.

⁶⁴ SZEIBERT REPORT 2015, p. 2.

⁶⁵ O. SZEIBERT, in A. KÖRÖS, *Családjog (Family Law) – Az új Ptk. Magyarázata III/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, p. 174.

⁶⁶ S. 4:93 hCC.

⁶⁷ According to S. 4:100 Para 1 Lit. a) of the draft submitted by the Codification Committee and of the draft bill as submitted to the Parliament, the claim would have existed even if there had not been a common child but the community of life had existed for at least ten years. Cf. L. VÉKÁS (ed.), *Az új Polgári Törvénykönyv Bizottsági Javaslatok magyarázatokkal (The Draft Civil Code prepared by the Committee with Commentaries)*, Budapest, Complex, 2012, S. 100 Para 1, pp. 228-229; and Draft Bill (as submitted to Parliament) No. T/7971, S. 4:100 Para 1, p. 142. This has been taken out during the reading in Parliament.

⁶⁸ The civil code does not require the other (vacant) home to be in the same town or village, see in this respect E. REIDERNÉ BÁNKI, *Az élettársi kapcsolat az új Polgári Törvénykönyv tükrében (The Civil Union in the Mirror of the New Civil Code)*, in B.-A. KESERÜ – Á. KÖHIDI (eds.), *Tanulmányok a 65 éves Lenkovic Barnabás tiszteletére (Essays in Honor of the 65th birthday of Barnabás Lenkovic)*, Budapest – Győr, Eötvös József Könyvkiadó, 2015, pp. 379-380.

- the court shall primarily order the *shared use* of the home that is considered suitable; but
- in exceptional and duly justified cases, the court may grant entitlement to a former partner for the *exclusive use* of a home owned exclusively by the other partner (sic!), or in which the other partner has beneficial rights, if that partner has parental authority over at least one of the common minor children with the right of tenancy and the housing for the minor child cannot be provided otherwise (Para 2-3).

64. The court may order the shared use or exclusive right of tenancy also for a *fixed period of time*, or subject to some condition (Para 4). Moreover, either of the parties can claim the *rearrangement* of the use if his/her legitimate interests or those of the common child of minor age are in jeopardy under the current arrangement due to changes in the circumstances (S. 4:95 hCC).

65. It is noteworthy that though there can be a right of use of the common dwelling after the termination of the cohabitation despite the fact that the common home was and is occupied under the exclusive legal title of the other partner; in other words: though the former partner who did and does not have any legal title to use the common dwelling can be entitled to the shared or even to the exclusive use thereof if the above indicated conditions are met, *there is still no right of use in case of the death of either of the cohabitants!* Although there was such a rule proposed in the draft Civil Code prepared by the academic Codification Committee, providing the surviving cohabitant with a lifelong right of use on the common dwelling (with the equipment and furniture, etc.) if the community of life existed for at least ten years and existed also at the partner's death, but this proposal was removed during the discussions of the draft in the Parliament.⁶⁹

IV. Registered Partnership

66. As already stated above, “simple” cohabitation is accessible to both different-sex and same-sex couples. In contrast, the so-called “*registered partnership*”, which is not regulated in the civil code but in a separate statute (Act. No. XXIX/2009 on Registered Partnership and Related Legislation and on the Amendments of Other Statutes to Facilitate the Proof of Cohabitation), is reserved for and accessible to same-sex couples only.

67. Since the “Basic Law” which is the Hungarian Constitution itself, in Article L Para 1 declares that “*Hungary shall protect the institution of marriage, the conjugal union of a man and a woman based on their voluntary and mutual consent*”, marriage cannot be open to same-sex couples, because this would not be in line with the constitution. Therefore the legislator enacted the above-mentioned special statute on registered partnership.⁷⁰

⁶⁹ Cf. L. VÉKÁS (ed.), *Az új Polgári Törvénykönyv Bizottsági Javaslatát magyarázatokkal (The Draft Civil Code prepared by the Committee with Commentaries)*, Budapest, Complex, 2012, S. 7:63 draft hCC, p. 551, pp. 553-554, that yet contained the above described right, and so did the draft bill submitted to Parliament (cf. here S. 7:63 too, p. 357.).

⁷⁰ For the constitutional background see SZEIBERT REPORT 2015, pp. 1, 7-9. Szeibert refers to two decisions of the Constitutional Court that reflect the varied chronicle of the codification. The first one – decision No. 154/2008 (XII.17.) – declared Act No. CLXXXIV/2007 on Registered Partnership unconstitutional and repealed it, but this had nothing to do with same-sex partnerships; on the contrary: the reason was that the legislator extended the possibility of entering into a registered partnership to different-sex couples, and the Constitutional Court was of the view that this policy decision decreased the level of constitutional significance and the protection of marriage through offering different-sex couples another legally protected form of community hardly different from marriage. Regarding same-sex couples, the Court highlighted that it is obviously in line with the constitution to introduce registered partnership to those couples who cannot marry at all (i.e. same-sex couples), thus registered partnership cannot be considered as a “competing model of community” to marriage. Though marriage deserves particular protection by the constitution, but not an exclusive protection. The recognition and accessibility of registered partnership (for same-sex couples) can be traced back to the fundamental right of human dignity, too, and to other fundamental rights derived therefrom, like, for example, the right of self-determination, the free development of one's personality and last but not least the general freedom of action (see in particular chapters 1.4. and 3.2.). Therefore the Parliament enacted the recent law, Act No. XXIX/2009, which reserves the registered partnership only for same-sex couples. But even this latter legislation was con-

68. The legislator – or at least the Codification Committee and the Ministry of Justice – intended first to incorporate the most important rules on registered partnership into the new civil code. S. 4:102-4:103 of the draft bill as submitted to the Parliament involved yet the rules on establishing registered partnerships and on the effects and legal consequences thereof. Moreover, the draft bill on the new civil code referred explicitly to registered partners, too, wherever the legal consequences of marriage and/or the status “married” were mentioned (the details were planned to remain in the separate act on registered partnership).⁷¹ Finally, all rules and provisions on registered partnerships (and registered partners) were removed from the draft bill during the hearing by Parliament as a result of the same motion for amendment submitted by the smaller governing party (the Christian Democratic Party) already referred to above.⁷² Therefore, all rules on registered partnership remained in the (separate) Registered Partnership Act.

69. Before going into details, it must be underlined again that also *simple cohabitation* can be registered but this must not be mixed up and confused with the “*registered partnership*” referred to in this chapter. Let us highlight *three main differences* between the two:

The registration of the simple cohabitation aims only at facilitating the proof of the existence of cohabitation; the register plays only a declaratory role in establishing a rebuttable presumption for the existence (and starting date) of the cohabitation. Whereas in case of “registered partnership,” the personal declaration before the registrar and the recording in the registry is of crucial importance and of constitutive character regarding the registered partnership’s coming into being.

While the “Notarial Register on Cohabitation Statements” is kept by the Hungarian Chamber of Civil Law Notaries, and the statement on cohabitation itself is to be made before a notary public; concerning the “registered partnership”, the civil status is recorded into the Registry (just as in case of marriage) kept by the registrars, i.e., public officials of the municipalities with special qualification.

Whereas the registered partnership comes up to marriage with a few exceptions explicitly mentioned in the Registered Partnership Act; in other words: registered partnership has almost the same legal effects as marriage; this is by far not the case if the parties live together in a “simple” cohabitation.

70. Consequently, a same-sex couple has the free choice either to enter into a simple cohabitation (and to get it registered with a notary public or not) or establish a registered partnership according to the Registered Partnership Act.

1. Notion of Registered Partnership

71. According to S. 1 Para 1 RPA (i.e. Registered Partnership Act):

“Registered partnership is established if two persons of the same sex who have reached the age of eighteen years and are both present in front of the registrar personally declare that they wish to establish

tested in the Constitutional Court; the Court, however, confirmed the law to be in line with the constitution in its decision No. 32/2010 (III.25.). The Constitutional Court repeated the argumentation delivered in the former decision (cf. chapter 4.1.) and stressed that it had not the competence to perform any moral evaluation of homosexuality, since homosexuality is not qualified or evaluated by the constitution, either, therefore, it is a neutral phenomenon from the constitution’s point of view; however, all long-lasting partnerships bring and represent values (cf. chapter 8.2.), which deserve constitutional recognition and protection. It is, thus, constitutional to establish the form of registered partnership for same-sex couples, but also to maintain specific rules that are different from those applicable to marriage, provided this is justified by the nature and differences of the two forms.

⁷¹ Cf. Draft Bill (as submitted to Parliament) No. T/7971, S. 4:102-4:103, pp. 143-144, accessible at <http://www.parlament.hu/irom39/07971/07971.pdf>, last downloaded on 16th June 2017.

⁷² Cf. subchapter III.1. Para 29 above, and see Motion for Amendment No. T/7971/106, accessible at <http://www.parlament.hu/irom39/07971/07971-0106.pdf>, last downloaded on 16th June 2017. The reasoning within the motion for amendment referred to the narrow notion of family (first repealed by the Constitutional Court but incorporated into the Basic Law later on). Registered partnerships do not fit into the (narrow) concept of family, therefore, rules on registered partnership “cannot” be incorporated into the 4th book of the new civil code (family law) or into the civil code in general. Cf. p. 12 of the motion for amendment. See also the disappointment and critical remarks of the head of the Codification Committee, Lajos Vékás: L. VÉKÁS, “Bírálat és jobbitó észrevételek az új Ptk. törvényjavaslatához (a zárószavazás előtt) / (Criticism and Remarks for Improvement on the Draft Bill of the New Civil Code – Before the Final Vote)”. Magyar jog, 1/2013, p. 3.

registered partnership with one another.”

2. Establishing Registered Partnership

72. Accordingly, registered partnership is established if

- two persons of the same sex,
- who have reached the age of eighteen years,
- and are both present in front of the registrar,
- personally,
- in the presence of two witnesses,
- declare that they wish to establish registered partnership with one another (S 1 Para 1 and 4 RPA).

73. Since the preconditions of a valid marriage apply accordingly, additionally

- the partners have to have legal capacity (S. 4:10-4:11 hCC);
- neither of them has an existing marriage or registered partnership (S. 4:13 hCC, it means if one or both of them was married or registered partnered before, they have to file the order of the court or notary public on the dissolution of the former marriage or registered partnership, cf. subchapter V.1. and V.2. below);
- they are neither relatives in direct line; nor siblings; one person is not the biological descendant of his/her sibling who is the other person; and they are not in an adoptive parent – adopted child relationship either (S. 4:12 Para 1 hCC).

74. After the mutual and congruent declarations by the parties, the registrar records the establishment in the Registry. (S. 1 Para 3 RPA). However, it is not the registration that establishes and effectuates the registered partnership, but the mutual and congruent declarations by the parties. Even if the registration has not been performed or the content of the record (entry) is incorrect, this has no effect on (e.g., is without prejudice to) the registered partnership’s (valid) coming into being through the mutual and congruent statements.⁷³

75. S. 1 Para 2 RPA emphasises that “permission to enter into registered partnership shall not be granted for minors”. This is a difference from marriage, because according to S. 4:9 Para 2 hCC, the guardian authority may authorise the marriage of a minor of limited legal capacity over the age of sixteen years. This is not allowed in the case of registered partnership, i.e., both persons must be at least 18 years old.

76. S. 2 RPA provides for some additional rules on entering into a registered partnership with regard to (the steps of) the procedure itself:

“2. § (1) Before entering into registered partnership, future registered partners shall declare in front of the registrar that to the best of their knowledge there is no legal impediment to the registered partnership, and they shall verify that the legal requirements for the establishment of registered partnership are satisfied.

(2) If either of the parties has a life-threatening health condition, the statement of the parties shall suffice to verify all legal requirements for the establishment of registered partnership, and registered partnership may be established immediately upon notification.”

⁷³ O. SZEIBERT, in L. VÉKÁS – P. GÁRDOS (eds.), *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz (Commentary on the Civil Code)*, Budapest, Wolters Kluwer, 2014, p. 642. G. JOBBÁGYI, in A. OSZTOVITS (ed.), *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja (Large Commentary on the Act No. V/2013 and on the Related Statutes)*, Vol. II., Budapest, Opten, 2014, p. 23.

3. Rights and Duties of Registered Partners within *Registered Partnership*

77. The most important feature of the Registered Partnership Act (RPA) is that the rules on marriage are declared to be applicable to the registered partnership analogously unless there is an explicit exemption in the RPA itself.

78. This is expressed by S. 3. Para 1 lit. a) and b) RPA as follows:

“3. § (1) Unless this act stipulates otherwise or this act forecloses its application a) all rules that apply to marriage shall apply to registered partnership, b) all rules that apply to spouse or spouses shall apply to registered partner or registered partners,”

79. I do not intend to explain the civil status of spouses and married couples, but I wish to highlight four important points.

- According to S. 4:24 Para 1 hCC “Spouses must be loyal and faithful to each other; they shall cooperate in their common goals and shall *support one another*.” This applies to registered partners accordingly, it means, registered partners do have an obligation to support each other during the partnership, and also after its termination, pursuant to the *maintenance* rules on former spouses (S. 4:29-4:33 hCC).⁷⁴
- The default property regime between spouses is the “*community of property*” (S. 4:34 Para 2 HCC). It means that – unlike (simple) cohabitation – each and every asset acquired either jointly or separately by either registered partner belongs to the community of property of the registered partners, i.e., will be part of their joint ownership, except the assets belonging to the so-called separate property (for example all property acquired before entering into the registered partnership, gifts, inheritance, property of personal use).⁷⁵ As it is described

⁷⁴ 4:29 [Entitlement for maintenance]

(1) Following the termination of matrimonial relationship, either spouse shall be entitled to demand maintenance from his/her spouse, or ex spouse in the case of divorce, if unable to support him/herself for reasons beyond his/her control.

(2) If the spouse or former spouse develops the need for support after a period of five years following the termination of matrimonial relationship, maintenance may be demanded in cases of exceptional circumstances.

(3) If the matrimonial relationship of the spouses lasts for less than one year, and their marriage did not produce a child, the former spouse shall be entitled to maintenance - if in need - for a duration corresponding with the length of their marriage. In cases of exceptional circumstances, the court may order maintenance payments for a longer period of time.

4:30 [Undeserving maintenance]

(1) A spouse or former spouse shall be considered unworthy of maintenance:

- a) if the irretrievable breakdown of their marriage is attributable to his/her gross misconduct or reprehensible lifestyle; or
- b) if he/she engaged after the termination of matrimonial relationship in any conduct intended to do harm to his/her spouse, former spouse or their any resident family member.

(2) In determining unworthiness, the actions of the spouse or former spouse invoking it shall be taken into consideration.

4:31 [Ability to provide maintenance]

A person shall not be obligated to support his/her spouse if this would seriously jeopardize his/her ability to provide for him/herself or for his/her child.

4:32 [Agreement to provide lump-sum maintenance]

By agreement of the spouses executed in an authentic instrument or in a private document countersigned by an attorney, the spouse subject to maintenance obligation shall meet this obligation by providing assets of kind value or in a lump-sum payment. In that case the spouse to whom maintenance is provided shall not make any maintenance claim in the future, even if otherwise made eligible by this Act.

4:33 [Maintenance of relatives]

The amount of maintenance, the means of providing and the duration such maintenance, including any changes thereof, the enforcement of any maintenance claim retroactively, the cessation of right to maintenance and the termination of maintenance shall be governed by the common provisions on the maintenance of relatives, with the proviso that the right to spousal support shall cease if the entitled party re-marries or enters into a domestic partnership.

⁷⁵ For the exact list cf. S. 4:38 hCC: according to Para 1 „Separate property of a spouse shall include: a) any property acquired before marital community of property; b) any property acquired by gift, bequest, devise, or inheritance, and any received with compensation during marital community of property; c) any right of the spouse as the proprietor of intellectual property, except for the royalties due during community of property; d) any compensation received for personal injury; e) personal

in a guide prepared by the Hungarian LGBT Alliance, “it does not matter who is the formal owner of the house or who appears in the sales contract of the car: the couple holds the property jointly”.⁷⁶ The spouses – and therefore the registered partners, too – are entitled to an undivided and equal share of the marital (joint) property.⁷⁷ Therefore if one of the spouses / registered partners dies, half of the community property shall be automatically given to the surviving spouse / registered partner regardless of inheritance and only the other half is shared among the heirs. This claim has to be made during the probate hearing. If the marriage/ registered partnership is dissolved, the court divides the common property equally between the spouses / registered partners.⁷⁸

- Registered partners can enter into a *property agreement* just like spouses can (S. 4:34 Para 1 hCC, S. 4:63-4:68 hCC, S. 4:74-4:75 hCC), in this regards cf. the chapter on simple cohabitation above, since the rules on property agreements of cohabitants were constructed after the respective rules on such agreements between spouses, including the necessity of registration of the agreement if third party effect is targeted).
- Registered partners *inherit the same way* as surviving spouses do in case of *intestate succession*⁷⁹ and they are entitled to the *compulsory share* (reserved share) as spouses are if testamentary succession applies (i.e. the deceased partner made a last will in favour of someone else).

80. The Registered Partnership Act provides for four exemptions, where registered partners do not enjoy and cannot exercise the same rights as married couples, i.e. spouses.

- According to S. 3 Para 2 RPA, rules on *adoption by spouses* shall not apply to registered partners. This means that registered partners cannot adopt jointly as spouses can and neither of them can adopt the child of his or her registered partner.⁸⁰ Thus the Hungarian law does not allow for both registered partners to become legal parents of a child. As the experience of the Hungarian LGBT Alliance shows, though the possibility of an individual adoption is

effects and articles of personal use of customary value; and f) assets acquired in exchange for the spouse’s separate property and anything of value acquired for such property.” Para 2 adds that „The proceeds on separate property that remain during matrimonial relationship after handling and maintenance charges and other burdens are deducted shall be considered community property.” Finally, Para 3 „converts” some assets from separate property into joint property after 5 years of marriage, e.g. registered partnership as well: „The assets comprising a part of separate property of either spouse, which replace any furnishing and household item normally used in everyday life during matrimonial relationship shall become community property after five years of marriage.”

⁷⁶ *Registered Partnership, Guide for Gay and Lesbian Couples*; Háttér Support Society for LGBT People / Hungarian LGBT Alliance, 2010, p. 5, available at: <http://www.hatter.hu/kiadvanyaink/registered-partnership-guide>, last visited on 12th June 2017. Hereinafter referred to as LGBT GUIDE.

⁷⁷ Cf. S. 4:37 Para 3 hCC.

⁷⁸ Cf. LGBT GUIDE, p. 5-6.

⁷⁹ 7:58 [Spouse’s share from the estate contemporaneously with a descendant]

(1) The testator’s spouse shall be entitled contemporaneously with the legal heir to:

- a) life estate on the family dwelling used together with the testator, including furnishings and appliances; and
- b) one share of a child from the remainder of the estate.

(2) Life estate may not be limited, and no redemption value may be demanded from the spouse.

(3) Under an allocation agreement, instead of a child share, the spouse may be granted estate for life in respect of the entire estate

7:60 [Spouse’s share from the estate over parent]

(1) If there is no descendant, or if the descendant is excluded from succession, the testator’s spouse shall inherit the family dwelling used together with the testator, including furnishings and appliances.

(2) Half of the estate to which Subsection (1) does not apply shall be inherited by the testator’s spouse, and the other half shall be inherited by the testator’s parents in equal shares. If a parent is debarred from succession, the other parent and the testator’s spouse shall succeed in equal shares.

7:61 [Spouse as the sole heir]

If there is no descendant or parent, or if they are excluded from succession, the surviving spouse shall receive the entire estate.

⁸⁰ O. SZEIBERT, in GY. WELLMANN, *Kötelmi jog, harmadik, negyedik, ötödik és hatodik rész (Law of Obligations, Parts three, four, five and six) – Az új Ptk. Magyarázata VI/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, HVGORAC, 2014, pp. 467-468.

not precluded by law, therefore people living in registered partnerships – as individuals – are not excluded totally from becoming an adoptive parent, but in this case only one (the adopting) partner becomes the legal parent of the child. Besides, preference is given to adoption by a married couple, therefore, it is quite unlikely that an individual living in a registered partnership (or even in a simple cohabitation) will be able to adopt.⁸¹ This can be traced back to the explicit provision in S. 4:120 Para 5 hCC: “Moreover, after the requirements set out in this Act are satisfied, the guardian authority shall authorise the adoption if it is deemed to be in the child’s best interest. In the interest of the minor child, in its adoption decision the guardian authority *shall give preference to adoptive parents living in wedlock.*”

- In the same place it is provided for that rules on *presumption of paternity* shall not apply to registered partners.
- According to S. 3 Para 3 RPA, *rules on spousal names* shall not apply to registered partners. It means that registered partners *cannot take each other’s name* as spouses can.⁸² Additionally “Upon entering into registered partnership a person shall no longer be entitled to bear the name of her former husband with the spousal marker, and this right shall not resume upon the dissolution of her registered partnership. If a registered partner has been using the name of her former husband with a spousal marker until the time of establishing registered partnership, she is not entitled to change her name to any other spousal name, but shall use her birth name.”
- Another significant difference is that the rules on procedures aimed at *human reproduction concerning spouses* shall not apply to registered partners. In other words: lesbian women living in a registered partnership (or even in a simple cohabitation) cannot participate in artificial insemination procedure. This is also confirmed by S. 167 of the Healthcare Act, which states that artificial human reproduction procedures are available only to married couples or different-sex cohabiting couples and infertile single women or single women who are likely to become infertile soon due their age (provided all other conditions indicated in the Healthcare Act are met). As experience shows, some lesbian women are ready not to enter into registered partnership and to deny their existing cohabitation with another woman (e.g., to pretend to be single) in order to be allowed to participate in an artificial insemination, while others take advantage of more permissive regulation abroad. Once again: this (i.e. pretending to be single) is not an option for those who are living in registered partnership since the latter as a legal family (civil) status is recorded in the Registry.⁸³

4. Termination and Dissolution of the *Registered Partnership*

81. Termination and dissolution of registered partnership is regulated in S. 4 Para 1 Registered Partnership Act. According to these rules, registered partnership ceases to exist

- in the event of the death of either of the parties;
- if dissolved by court order;
- if dissolved by public notary.

82. S. 4 Para 2 RPA adds that the rules that apply to the termination of marriages shall apply also to the termination of registered partnerships.

⁸¹ Cf. LBGIT GUIDE, pp. 6-7.

⁸² The Hungarian LBGIT Alliance points out that everybody can change his or her name, since there is a general possibility to change one’s name. Therefore one registered partner can take his/her registered partner’s surname. This results, however, in the change of the birth name while spouses actually keep their birth name when they opt for a marriage-name in the marriage. See LBGIT GUIDE, p. 6. Cf. S. 49-52 Register Act.

⁸³ Cf. LBGIT GUIDE, p. 7.

A) Death of either of the parties

83. The registered partnership ceases to exist if one of the partners dies. According to S. 2:5 Para 1 hCC “a missing person may be legally declared dead by the court upon request five years after the date of his/her disappearance if there has been no information of any kind during this period to indicate that he/she is alive.” And if so: “The court shall declare the time of death upon due consideration of the circumstances. If weighing the circumstances proves to be inconclusive, the date of death shall be the fifteenth day of the month following the month of disappearance.” (S. 2:6 hCC.)

84. As legal presumption of death has the same legal effect as death itself, if one of the registered partners is declared dead, the registered partnership is deemed to be terminated upon the date specified in the court order.

85. Sometimes it happens that the person who has been legally presumed dead is found alive. In this case the court order on the legal presumption of death shall be abolished, and the ensuing legal consequences shall be considered null and void (S. 2:7 Para 4 hCC).

86. This general rule, however, does not apply to the subsequent marriage (or registered partnership), because the special provision of S. 4:20 Para 2 hCC prevails, which makes it clear that the subsequent marriage (or registered partnership, accordingly) remains existent and valid, despite the fact that the former spouse or registered partner was found alive. According to the content of S. 4:20 Para 2 hCC:

- The marriage (the former marriage with the disappeared person is meant, which applies accordingly to the former registered partnership) shall be considered terminated,
- if the other spouse (or the other registered partner) re-married (or entered into another registered partnership) after the declaration of death,
- provided that neither of the parties of the latter (i.e., 2nd) marriage (or registered partnership) had been aware that the death did not occur (i.e., both of them were in good faith).

87. In this case, the former registered partnership is abolished upon the latter marriage or registered partnership, despite the fact that the former registered partner was found alive.

B) Dissolution by public notaries at the joint request of the partners

88. Marriages cannot be *dissolved by public notaries* in Hungary, only registered partnerships can, thus this is a significant difference concerning marriage. According to S. 4 Para 3 RPA, the dissolution of the registered partnership by a public notary is possible only if the parties agree on all aspects of the “divorce”. In this case the registered partnership gets dissolved within the framework of a non-contentious (or non-litigious) civil proceeding. The details can be found in S. 36/A-36/D Notarial Procedures Act. The notary public has to dissolve the registered partnership if

- this is requested jointly by the registered partners (still having legal capacity) based on their mutual agreement reached without undue influence; and
- neither of them has a child in relation to whom both registered partners are jointly obliged to provide maintenance (i.e., they do not raise the child of one of the partners in the common household); and
- they agreed upon the maintenance (alimony) towards each other, on the use of the common home, and also on the division of the common property (excluding the separation of jointly owned immovables); and
- they executed their agreement in the form of a notarial deed or in a private document countersigned (attested) by an attorney (S. 36/A Para 1 Notarial Procedures Act).

89. If the agreement of the parties complies with the law and meets the above-specified requirements, the notary public approves their agreement and dissolves the registered partnership with his order (S. 36/C Para 1 Notarial Procedures Act).

90. The aim of the legislator was to simplify the divorce of registered partners and this is why it is possible to turn to the public notary instead of the court. However, this simplified divorce based on agreement is just an option, the registered partners can initiate a divorce procedure at court even if the conditions of the dissolution by the public notary are met.

C) Dissolution by court

91. In the case of breakdown, the registered partnership can be dissolved through litigation.⁸⁴ For the court proceeding, the same rules apply as to the divorce of a marriage.

92. If the parties request the dissolution together and can agree upon the circumstances specified above (cf. the dissolution by notary public as indicated above, i.e., on maintenance, use of the common home and division of common property excluding the separation of jointly owned immovables), the court approves their agreement and delivers a judgment dissolving the registered partnership (*dissolution based on agreement*).⁸⁵

93. Otherwise, if there is no agreement between the registered partners, the court dissolves the registered partnership at the request of either of the registered partners, in the event of breakdown of the registered partnership due to irreconcilable differences (in other words: the relationship between the partners is irretrievably broken). The registered partnership shall be considered to have broken down if the relationship of the registered partners has been ruined and there is no reasonable expectation of reconciliation in the light of the events that led to destruction of their life as a couple, or based on the length of their separation.⁸⁶ If this is the case, the court decides on all open questions like alimony (maintenance), use of the common dwelling and division of the common property.⁸⁷

V. The Former Registered Partnership as an Impediment to the Subsequent Heterosexual Marriage - Invalidity

1. The Rules

94. In the following part a particular interaction between marriage and registered partnership will be elaborated on. In doing so, first of all S 4:13 Para 1 hCC has to be taken into consideration:

“S. 4:13 [Existing marriage] (1) Marriage shall be declared invalid if one of the parties to the marriage is already married.

95. According to S. 3 Para 1 Registered Partnership Act

“3. § (1) Unless this act stipulates otherwise or this act forecloses its application a) all rules that apply to marriage shall apply to registered partnership, b) all rules that apply to spouse or spouses shall apply to registered partner or registered partners,”

⁸⁴ See also the LBGT GUIDE, p. 12.

⁸⁵ See the general description in the LBGT GUIDE, p. 12, but first and foremost S. 4:21 Paras 2-4 hCC.

⁸⁶ This is exactly the paraphrased text of S 4:21 Para 1 hCC, I replaced “marriage” by “registered partnership”, “spouse” by “registered partner”.

⁸⁷ See also LBGT GUIDE, p. 12.

96. It results from these two norms that a registered partnership constitutes definitely an impediment to a subsequent heterosexual marriage⁸⁸ (but not the simple cohabitation of same-sex couples, not even if registered in the declaratory “Register of Cohabitants’ Statements”!).

2. *Ex officio* Examination of Former Marriage / Registered Partnership Before the Marriage (Registered Partnership) by the Registrar

97. According to the Register Act, the registrar checks and proves *ex officio* whether there are legal impediments to the marriage (registered partnership) and/or whether the legal prerequisites of marriage (registered partnership) have been verified appropriately, both when the couple applies for marriage / registered partnership and also immediately before starting the procedure.⁸⁹ This aims that no such marriages come into existence, which are foredoomed to be invalid.⁹⁰

98. The registrar checks whether either of the parties was already (or is still) married or registered partnered. If this was the case, the *ex officio* inspection is extended whether the former marriage or registered partnership has already been terminated (dissolved). These circumstances can be verified and certified

- by the registrar’s direct access to the “*Register of Personal Data and Addresses of the Citizens*” whereby the registrar can make sure that neither of the parties has been married or registered partnered so far (if this is the case);⁹¹ or
- by the registrar’s direct access to the “Electronic Registry System” whereby the registrar can make sure whether the former spouse / registered partner of either parties has died or their former marriage / registered partnership has already been dissolved (or annulled);⁹² or
- in lack of an electronic entry (to the stepwise introduction of the electronic system see subchapter II.1.D. above), by the registrar’s inspection of original deeds that confirm and certify the death or the dissolution (or annulment) of the former marriage or registered partnership (final divorce or annulment decree of the court; final decree of the public notary on dissolution of the registered partnership based on the agreement of the parties; death certificate; marriage or registered partnership certificate supplemented with a proviso on the death or divorce; court judgment on declaring either of the former parties legally dead, etc.).⁹³

99. On the bases of all these

- If there is a legal impediment, and/or
- the legal prerequisites have not been verified appropriately,

the registrar has to refuse to conduct the proceedings necessary to get married or to establish a registered partnership.⁹⁴

⁸⁸ Scholars of family law come to the same conclusion, cf. Zs. BOROS, in A. KÖRÖS (ed.), *Családjog (Family Law) – Az új Ptk. Magyarázata III/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, p. 57. O. SZEIBERT, in Gy. WELLMANN (ed.), *Kötelmi jog, harmadik, negyedik, ötödik és hatodik rész (Law of Obligations, Parts three, four, five and six) – Az új Ptk. Magyarázata VI/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, p. 467. G. JOBBÁGYI, in A. OSZTOVITS (ed.), *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja (Large Commentary on the Act No. V/2013 and on the Related Statutes)*, Vol. II., Budapest, Opten, 2014, p. 34. Vice versa: the former (but still existing) marriage is an impediment to the subsequent registered partnership and no one can have two registered partnerships the same time either, see also O. SZEIBERT, in L. VÉKÁS – P. GÁRDOS (eds.), *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz (Commentary on the Civil Code)*, Budapest, Wolters Kluwer, 2014, p. 651.

⁸⁹ S. 22 and 34 Register Act and S. 16 Para 1 Register Decree.

⁹⁰ G. JOBBÁGYI, in A. OSZTOVITS (ed.), *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja (Large Commentary on the Act No. V/2013 and on the Related Statutes)*, Vol. II., Budapest, Opten, 2014, pp. 25, 34.

⁹¹ S. 30 Para 1 Register Decree. The above-mentioned “Register of Personal Data and Addresses of the Citizens” is regulated by Act No. LXVI/1992 and kept by the “Central Office for Administrative and Electronic Public Services”, which is part of the central state administration.

⁹² S. 32 Para 2 Register Decree.

⁹³ S. 32 Para 2 lit. a)-e) and Para 3 Register Decree.

⁹⁴ S. 22 Para 2 lit. c)-d), S. 34 Para 2 lit. c)-d) Register Act.

3. Annulment of the Subsequent Marriage by the Court

100. Though it is exceptionally unlikely that the parties succeed to marry, if either of them is still married or registered partnered (due to the registrar's ex officio inspection on the impediments and prerequisites, cf. subchapter V.2. above), but even if this happens, the subsequent marriage (or registered partnership) can be declared invalid by the court.⁹⁵

101. It is noteworthy that the judgment of the court on the invalidity has no constitutive effect. The subsequent marriage or registered partnership is invalid due to the still existing former marriage or registered partnership.⁹⁶ The declarative judgment of the court (having retroactive effect) is needed to apply the consequences of invalidity.

102. According to S. 4:14 Para 1-2 hCC:

(1) *A marriage shall be considered annulled upon the act of a court in voiding the marriage in an action brought for such reason (hereinafter referred to as „action for annulment”).*

(2) *The judgment for annulment of the marriage applies to all parties involved.*

103. This special invalidity action (action for annulment) must be brought by someone who is entitled by the hCC to bring such an action. According to S. 4:15 Para 2 hCC, an action for annulment may be brought

- by either of the spouses (registered partners accordingly),
- by the public prosecutor,
- or by any person who has a legal interest in the nullity of the marriage.

104. The prosecutor's entitlement to commence an action can be traced back to public interest if the parties themselves are not interested in contesting their own marriage or registered partnership. Other persons having a legal interest in the nullity of the marriage can be for example the legal heirs of either party who inherit (more) if the marriage of their relative gets annulled. The registrar or the guardianship authority as such does not have a legal interest to contest the marriage, if they realise the cause of invalidity, they have to notify the public prosecutor.⁹⁷

4. Dissolution of Partnership with a View to Entering into Marriage

105. If the person bound to a homosexual union lives in a “simple” cohabitation with another person (of the same sex), this is not an impediment to enter into a heterosexual marriage. Consequently, the question is relevant only if the homosexual union is a registered partnership.

106. In this case the registered partner has the following possibilities:

⁹⁵ Due to the ex officio examination by the registrar before the marriage, annulment actions and procedures are very rare, cf. Zs. BOROS, in A. KÖRÖS (ed.), *Családjog (Family Law) – Az új Ptk. Magyarázata III/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, p. 47.

⁹⁶ Even the marriage voided by the court has some residual legal effects: paternity presumption (S. 4:99 Para 1 hCC); the “spouses” are still entitled to bear their marriage names (S. 4:28 Para 1 hCC); if either of the spouses obtained full age through the marriage, he or she qualifies as major despite the annulment (S. 2:10 Para 2-3 hCC) and if either of them was in good faith, the marital property effects of the marriage cease to exist not retroactively but only ex nunc with respect to him or her (S. 4:36 hCC), cf. Zs. BOROS, in A. KÖRÖS (ed.), *Családjog (Family Law) – Az új Ptk. Magyarázata III/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, p. 58. G. JOBBÁGYI, in A. OSZTOVITS (ed.), *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja (Large Commentary on the Act No. V/2013 and on the Related Statutes)*, Vol. II., Budapest, Opten, 2014, p. 35. O. SZEIBERT, in L. VÉKÁS – P. GÁRDOS (eds.), *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz (Commentary on the Civil Code)*, Budapest, Wolters Kluwer, 2014, p. 652.

⁹⁷ Zs. BOROS, in A. KÖRÖS (ed.), *Családjog (Family Law) – Az új Ptk. Magyarázata III/VI. (Commentaries on the New Civil Code)*, 2nd revised edition, Budapest, hvgorac, 2014, p. 59.

- He or she can request his or her registered partner to be *legally declared dead* by the court, if his or her registered partner has been missing for at least five years and there has been no information of any kind during this period to indicate that he/she is alive. If the registered partner has been declared dead, there is no impediment any more to the subsequent heterosexual marriage.
- Otherwise (in lack of such special situation as above), he or she has to *request the dissolution* of the registered partnership at the court or at the notary public. The latter is not possible without the consent of his or her registered partner and without their agreement on maintenance (alimony), use of the common home and division of the common property (excluding the division of joint property on immovables).
- He or she can also bring an *action for annulment of the registered partnership* and can try to get the impediment out of the way, if there was a cause of invalidity regarding the registered partnership and all other conditions for an action of annulment are met in this regard.

107. It is noteworthy that according to the paraphrased S 4:13 Para 2 hCC, the latter marriage shall become valid

- from the date of dissolution of the previous marriage (or registered partnership), and
- if the court declared the previous marriage (or registered partnership) annulled, retroactively from the date when the latter marriage took place;

108. it means that if the former registered partnership has been dissolved, or has been declared annulled, then the subsequent heterosexual marriage becomes valid and it is not possible to contest it on the base of the former registered partnership.

109. If the invalidity action with regard to the subsequent marriage has already been submitted and the court procedure is in progress, but the defendant contests the validity of the former registered partnership or brings an action for the dissolution thereof in order to get the cause of invalidity cured, the court process on the invalidity of the subsequent marriage has to be suspended.⁹⁸ According to S. 153 Para 1 of Act No. III/1952 on the Code of Civil Procedure:⁹⁹

“If the outcome of the hearing depends on the existence or validity of marriage, or on the court’s decision as to the family status of a child, and an action is in progress in this respect, the hearing shall be stayed until the final conclusion of such hearing.”

VI. Recognition of Foreign Registered Partnerships in Hungary

1. Rules on the Applicable Law, Recognition of Foreign Registered Partnerships

110. Since neither European nor international law covers the recognition and validity of marriage and registered partnership, the private international law rules of the respective state apply. In Hungary it was (and until 31st December 2017 still is) Law Decree No. 13/1979 on International Private Law (hereinafter referred to as PiL Decree or PiLD) that applies. From the 1st January, 2018 on, this law decree is going to be replaced by the new private international law legislation, i.e. by Act No. XXVIII/2017 on International Private Law (hereinafter referred to as PiL Act or PiLA).

⁹⁸ Similar A. KÖRÖS (ed.), *A családjog kézikönyve (Handbook of Family Law)*, Vol. I, Budapest, hvgorac, 2007, electronic access via hvgorac/LexisNexis online, commentaries on S. 7 of Act. No. IV/1952 on Marriage, Family and Tutelage (not in force any more), because family law has been integrated into the (new) Civil Code of 2013 as its 4th book.

⁹⁹ On 1st January, 2018 Act. No. CXXX/2016 on the Code of Civil Procedure (i.e. the new civil procedure act) replaces the above cited civil procedure act. The new act contains, however, the same rule (cf. S. 125 Para 1 thereof).

111. According to S. 41/A Para 1 PiLD and S. 37 Para 1 PiLA, in terms of contracting (existence or non-existence), validity and legal effects – subject to some exceptions in favour of the parties specified in the subsequent paragraphs of the Act¹⁰⁰ – the provisions on marriage (including the validity and legal effects thereof) apply accordingly to registered partnerships. The relevant provision in PiLA contains an exception: the rules on marriage do not apply to the right of using a married name.

112. Though the conflict of law rules on the existence or non-existence and on the validity of marriage (and of registered partnership) changed slightly, the marriage and the registered partnership is to be considered as existent and/or valid only if the substantive legal conditions are satisfied according to the personal laws of both parties; while the law in force at the place and date of the marriage (establishing of the registered partnership) shall apply to the formal requirements. (S. 37 Paras 1, 3 and 4 PiLD and S. 26 Paras 1-3 PiLA.) Neither marriage nor registered partnership can be entered into in Hungary if there is an insuperable obstacle to them according to Hungarian law (S. 38 Para 2 PiLD, S. 26 Para 4 PiLA). The personal law of a person (human being) is regulated in S. 11 PiLD and in S. 15 Paras 2-6 PiLA.¹⁰¹ Consequently, the registered partnership entered into abroad can be recognized only if it meets the substantive requirements of the personal law of both parties. If one of the parties' personal law is Hungarian law, the recognition is possible only if the substantive preconditions of a registered partnership are met under the (Hungarian) Registered Partnership Act.

113. Additionally, according to S. 65 of Act No. I/2010 on Registry Procedures (Register Act) Hungarian citizens are obliged to initiate the domestic registration of their marriage or registered partnership entered into abroad.

114. To sum it up, foreign registered partnerships of same-sex couples are recognized in Hungary as registered partnerships. The legal framework necessary thereto is present. Same-sex couples can, however, face problems if the registered partnership entered into abroad also provides rights which are not provided to registered partners according to Hungarian law, like the right of taking the registered partner's family name or to opt for a joint family name with a dash (see the next subchapter below).

2. No Recognition of the Right to use of Each Other's Name

115. As already pointed out, according to S. 3 Para 3 RPA, *rules on spousal names* shall not apply to registered partners. It means that registered partners *cannot take each other's name* as spouses can. A conflict between the Hungarian law and the foreign law arises if the foreign law under which the

¹⁰⁰ According to S. 41/A Para 2 PiLD and S. 37 Para 2 PiLA: “Contracting registered partnership shall not be prevented where the national law of the proposed registered partner fails to recognize the concept of registered partnership among couples of the same sex, nor it shall have any bearing, provided that: a) the proposed registered partner of citizenship other than Hungarian is able to verify his/her right to contract marriage under his/her national law, and b) at least one of the proposed registered partners is a Hungarian citizen or resides in the territory of Hungary.” According S. 41/A Para 4 PiLD and S. 37 Para 3 Hungarian law shall apply as regards the legal effects of registered partnerships in this case.

¹⁰¹ The personal law is the law of the state of which one is a citizen. (S. 11 Para 1 Sentence 1 PiLD, S. 15 Para 2 PiLA.) If a person has multiple citizenships, and one of his citizenships is Hungarian, his personal law will be the Hungarian law (S. 11 Para 2 PiLD). S. 15 Para 3 PiLA adds however an exception to the rule: unless he or she has a closer relationship to his or her other citizenship. The PiLD and the PiLA contain different rules for the case a person has multiple citizenships and none of them is Hungarian. According to S. 11 Para 3 PiLD, the personal law shall be the law of the state in the territory of which his or her place of residence is, or the Hungarian law if he or she also has a place of residence in Hungary. In the case of a person who has several places of residence abroad, his or her personal law shall be the law of the state with which he or she has the closest ties. By contrast, S. 15 Para 4 PiLA declares directly that particular law applicable with which the person has the closest ties regarding the important circumstances of the case. In the case of a person whose personal law cannot be established on the basis of the previous subsections and has no place of residence, his or her personal law shall be determined by his or her usual place of abode. In the case of a person who has several usual places of abode and one of them is in Hungary, his or her personal law shall be the Hungarian law – so stipulates S. 11 Para 4 PiLD. Meanwhile, S. 15 Para 5 PiLA provides the following rule for the identification of the personal law of a person who has multiple citizenships and none of them is Hungarian and he or she does not have a close tie to any of his or her citizenships: in this case the law of his or her usual place of abode applies as his or her personal law.

registered partnership was entered into, allows the registered partners to take each other's name or to take a joint family name, which is for example constructed from both family names with a dash in between. If one of the registered partners is of Hungarian citizenship and, therefore, the (foreign) registered partnership must be registered in Hungary according to S. 65 of the Register Act, he or she cannot get his or her new family name (i.e. his or her "registered partner name") registered in Hungary. This is confirmed by S. 37 Para 1 PiLA too, pursuant to which the rules on marriage apply accordingly to registered partnerships, except, however, for the right of using a "married name".

116. In a complaint procedure the Hungarian ombudsman (commissioner for fundamental rights) examined this inconsistency.¹⁰² A German and a Hungarian citizen entered into registered partnership in Hannover (Germany). They opted for a joint family name (constructed from their own family names with a dash in between) and the party having Hungarian citizenship initiated the domestic registration in Hungary. The registration of the joint family name was rejected by the Hungarian authorities, and the Hungarian passport was issued for the birth name. The joint permanent residence of the couple was in Germany, hence German law was applicable according to S. 39 Para 2 PiLD.¹⁰³ The Hungarian authorities insisted on refusing the registration of the joint family name with reference to *ordre public*. They stressed that the Hungarian rules on (domestic) registration do not provide the possibility for registered partners to get a joint family name registered due to the lack of the appropriate detailed rules and to the fact that the Hungarian law does not recognize the joint family name of the registered partners at all. The Commissioner of fundamental rights came to the conclusion – in agreement with the statements made in the relevant decisions of the Constitutional Court – that it is in line with the Basic Law to reserve the right to use of each other's name and to opt for a joint family name to married couples (registered partners can still change their birth names within the frame of the ordinary procedure of changing name), however the opposite solution (granting this right to registered partners too) would be constitutional too. Consequently, the commissioner restricted the examination to the inconsistency issue between the private international law rules and the Register Act, and stressed that this contradiction infringes indeed the constitutional standard of the predictability of law and thereby the principle of the rule of law. Moreover, he reminded that the right to the name is a fundamental right derived from the right to human dignity.

117. In sum, as pointed out above, the new act on private international law contains now an exception with reference to the right to the name, the conflict of law rules applicable to marriage do not apply to registered partnerships in this respect.¹⁰⁴

3. Recognition of Foreign Same-sex Marriage in Hungary as Registered Partnership?

118. Since the Hungarian constitution (which is called the "Basic Law") defines marriage as "the conjugal union of a man and a woman based on their voluntary and mutual consent" (Art. L Para 1), marriage is reserved for different-sex couples in Hungary. However, more and more countries open marriage to same-sex couples. Due to the constitutional definition of marriage as the conjugal union of a man and a woman, same-sex marriage cannot be recognized in Hungary as a marriage, this would certainly infringe *ordre public*.

¹⁰² Cf. the Commissioner's report No. AJB-1278/2014, accessible at: https://www.ajbh.hu/documents/10180/1957691/Jelent%C3%A9s+az+%C3%A9lett%C3%A9rsi+n%C3%A9vvel%C3%A9sr%C5%91+1278_2014/0e451c40-ca29-4610-b8f7-3bc30573a624?version=1.0, last download 16th June, 2017.

¹⁰³ The result would be the same if the new private international law rules had already been enacted and in force at that time, cf. S. 27 Para 2 PiLA. (However, the former rules, i.e. Law Decree 13/1979 did not contain the explicit exception regarding the right to the name, which is now part to S. 37 Para 1 PiLA.)

¹⁰⁴ According to the opinion of the Hungarian LBGT Alliance on Draft Bill No. T/14237 on the Private International Law (this draft bill was enacted later on by Parliament and promulgated as Act No. XXVIII/2017, which is abbreviated as PiLA), this practice is not in line with the case law of the Court of Justice of the European Union and infringes the free movement of persons. The opinion refers explicitly to two particular cases, namely to C-148/02 (Carlos Garcia Avello) and to C-353/06 (Grunkin Paul). The opinion of the LBGT Alliance is accessible here: http://lmbtszovetseg.hu/sites/default/files/mezo/file/lmbtszov_ogynkozi_2017marc.pdf, pp. 3-4. Last download 16th June, 2017.

119. The question is whether same-sex marriage can be recognized in Hungary as a registered partnership, which is the closest “relative” of same-sex marriage in Hungarian law. This thought is not completely new and is not considered as a “legal heresy” either, since this is exactly what is proposed in the most prestigious handbook on (Hungarian) private international law.¹⁰⁵

120. The Ministry of Justice seemed to follow this suggestion, since in the draft bill on the (new) private international law as it was posted for social debate on 13th February 2017 (thus, in an earlier version when citizens and civil organizations were allowed to make comments on the draft) S. 37 stated that the foreign marriage of same-sex couples shall be recognized as registered partnership according to Hungarian law, if the formal requirements of the law at the place and date of the marriage were met and the substantive preconditions of the registered partnership according to the applicable law as identified by S. 35 of the draft bill are complied with, too.¹⁰⁶ However, the legislator made up his mind in the meantime, because this “benevolent” rule of “healing reinterpretation” of same-sex marriage as registered partnership was removed from the wording in the later version of the draft bill as it was submitted to Parliament and the new act on private international law was finally adopted without the lenient reinterpreting rule.¹⁰⁷

121. The outcome equals to a vicious circle or “Catch-22”, because on the one hand, same-sex marriage is not recognized in Hungary in any form, not even as a registered partnership; but on the other hand, a same-sex couple (married previously in another country legally) cannot enter into a registered partnership in Hungary, either, because the substantive preconditions of entering into a registered partnership must be met according to their personal law (cf. paras 111-112 above)¹⁰⁸, which means in practice that the spouse of foreign citizenship shall provide documentary evidence that there are no obstacles to enter into a registered partnership due to his or her personal law, which is not possible, because he or she is already married according to his or her personal law. This “Catch-22” situation overlooks that the spouse (the person is already married with according to the respective foreign law) and the person he or she wishes to enter into registered partnership with (according to the Hungarian law) is the same. This is why the lack of the special rule (on recognition of the same-sex marriage as registered partnership) seems to have very unfair consequences.¹⁰⁹

VII. Summary

1. Registry of Civil Status in Hungary

122. The Registry of civil status is kept and recorded electronically by the registrars (public officials of the local municipality administration). The Registry – in the absence of proof to the con-

¹⁰⁵ F. MÁDL – L. VÉKÁS, *Nemzetközi magánjog és nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga (The Law of Conflicts and of International Economic Relations)*, Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2016, marginal No. 583, p. 444.

¹⁰⁶ See “Előterjesztés NMJ 2017. évi ... TV 17. 02. 10.pdf”, pp. 8 and 60. Accessible here: <http://www.kormany.hu/hu/dok?page=4&source=5&type=302&year=2017#!DocumentBrowse> last download: 16th June, 2017.

¹⁰⁷ See also the critical remarks in the opinion of the Hungarian LBGT Alliance on Draft Bill No. T/14237 on the Private International Law accessible here:

http://lmbtszovetseg.hu/sites/default/files/mezo/file/lmbtszov_ogynkozi_2017marc.pdf, pp. 2-3. Last download 16th June, 2017.

¹⁰⁸ See also S. 13 Paras 1-2 of the Register Decree.

¹⁰⁹ There is already a pending litigation regarding this problem. A same-sex couple got married in Belgium. One spouse is Hungarian citizen while the other is the citizen of the USA. The spouse with Hungarian citizenship initiated the domestic registration of the same-sex marriage in Hungary as a registered partnership. The Hungarian authorities refused the registration with regard to the above analysed situation, based on the opinion issued by the Ministry of Justice. The plaintiff contested the rejecting administrative decree in court, and referred to the relevant decisions of the Constitutional Court; to the “Catch-22” situation that they cannot get their marriage registered but they cannot enter into registered partnership in Hungary, either; additionally the plaintiff was of the view that the practice of the Hungarian authorities infringes the free movement of persons. The lawsuit was allowed in the first instance, but the judgement is not yet final and binding today (16th June, 2017), since there is right to appeal. (Cf. the 1st instance judgment No. 27.K.32.541/2016/6 – Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság – Budapest-Capital Administrative and Labour Court, 25th April, 2017.)

trary – registers and certifies authentically the entries and records registered therein in connection with “registry events” (birth, death, marriage and registered partnership) as well as their changes including termination, dissolution or annulment of marriage and registered partnership.

2. The Different Types of Civil Union Recognised by Hungarian law: (Simple) Cohabitation

123. There are two different types of civil union recognised by Hungarian law. First, “simple” cohabitation (civil partnership) and second, “registered partnership”. The (simple) *Cohabitation* (or civil partnership)

- does not constitute a civil status;
- is available to both different-sex and same-sex couples;
- comes into being upon the realisation of the factual elements provided for in the civil code (emotional and financial community, common household); though cohabitation can be registered in the “National Register on Cohabitation Statements” kept by the “Hungarian Chamber of Civil Law Notaries”, but this voluntary registration has only declaratory nature establishing a rebuttable presumption on the existence and commencement date of the cohabitation;
- the default property regime is that of “participation of acquisitions” (i.e. there is a claim for division/share of the property acquired during the cohabitation by either parties when the cohabitation ceases to exist – in this regard, the proportion of their contribution matters including work in the household or in the business of the partner and caring for children –, but during the partnership, the mere fact of cohabitation does not establish joint ownership); the cohabitants can enter into a property agreement and opt for a different regime or regulate their financial relationship substantially;
- cohabitation does not establish presumption of paternity, the cohabitants cannot adopt a child jointly (only either of them as an individual), but different-sex couples can take part in artificial human reproduction procedures as a couple;
- judicial practice developed an obligation to support each other during cohabitation, which is still not covered in the civil code;
- there is no intestate succession between the cohabitants after one another;
- cohabitants cannot take each other’s name as a common name (but they can change their birth name within the usual name change procedure);

124. Cohabitation terminates

- if either of the cohabitants dies (or gets declared legally dead), or
- if the cohabitants marry each other or establish a registered partnership with each other; or
- if their community of life ends (i.e. the constituting elements of cohabitation cease to exist, which is again a factual issue).

3. The Different Types of Civil Union Recognised by Hungarian law: Registered Partnership Specific to Same-sex Couples

125. The Registered Partnership thus

- constitutes civil status;
- is available exclusively to same-sex couples;
- comes into being through mutual, congruent and personally made declarations before the registrar, who registers the establishment of the registered partnership in the registry immediately;
- the default property regime is that of “community of property” (just like in the case of marriage, i.e. all assets acquired during the registered partnership by either of the parties or by

- both of them come into their joint ownership, except gifts, inheritances, revenues from intellectual property rights, compensation received for personal injury, goods for personal use of customary value and their surrogates); the registered partners can also enter into a property agreement and opt for a different regime or regulate their financial relationship substantially;
- the legal consequences of registered partnership are almost the same as in the case of marriage, but registered partnership does not establish presumption of paternity, the registered partners cannot adopt a child jointly (only either of them as an individual) and they cannot take part in artificial human reproduction procedures (neither together as a couple, nor as individuals);
 - since the rules on marriage apply, registered partners have a codified obligation to support each other during cohabitation;
 - there is intestate succession between the registered partners after one another (the same way as spouses are the legal heirs of each other), moreover, a registered partner has a right to the compulsory (reserved) share as spouses have if the deceased made a last will in favour of somebody else;
 - registered partners cannot take each other's name as a common name (but they can change their birth name within the usual name change procedure);

126. Registered partnership terminates

- if either of the registered partners dies (or gets declared legally dead), or
- if the court dissolves the registered partnership (the rules on divorce of marriage apply accordingly); or
- if the notary public dissolves the registered partnership upon the mutual agreement of the (registered) partners, provided that neither of them has a child in relation to whom both of them are obliged to provide maintenance, and they agreed upon maintenance towards each other, the use of the common home and the division of common property (except for jointly owned immovables);
- if either of the partners gets married or establishes a registered partnership while the former registered partner is declared legally dead but later appears alive – in this case, the former registered partnership is dissolved by the subsequent marriage or registered partnership if the parties (of the subsequent marriage or registered partnership) were in good faith (i.e. they were not and could not have been aware of the fact that the former registered partner was alive).

4. Registered Partnership as an Impediment to a Subsequent (Heterosexual) Marriage

127. If the homosexual union in question is “just” a simple cohabitation, then it is not an impediment to a subsequent heterosexual marriage, since a simple cohabitation does not constitute a civil status.

128. As far as the marriage-like *registered partnership* reserved for same-sex couples is concerned,

- the still existing registered partnership (i.e., not terminated by death, neither dissolved, nor annulled) is an impediment to a subsequent heterosexual marriage:
- the registrar has to inspect ex officio whether the former registered partnership was terminated or annulled, and this must be certified either by the electronic registry or by the respective original deeds; and
- the registrar has to refuse to conduct the marriage procedure if there is a former registered partnership not yet terminated (by death or dissolution or annulment);
- notwithstanding, if the subsequent marriage comes into being (which is very unlikely and happens extremely rarely in reality), a court action for annulment can be brought either by either of the spouses or by the public prosecutor or by a third party having a legal interest.

129. Consequently, if the registered partner intends to get married, he or she has to

- request the dissolution of the registered partnership either at the competent court or by the notary public (the latter is possible only with the consent and cooperation of the other partner), or
- bring an action for annulment of the former registered partnership if there is a reason of invalidity, or
- to initiate a court procedure to get his or her former partner declared legally dead if the prerequisites of such a procedure are met (the partner has been missing for at least five years).

5. Recognition of Foreign Registered Partnerships in Hungary

130. The existence (or non-existence) just like the validity (or invalidity) of the registered partnership (entered into abroad) depends on the personal laws of the parties. The registered partnership is existent and valid only if it complies with the personal laws of both parties. If either of the parties is Hungarian citizen, he or she has to get the registered partnership registered in Hungary, too.

131. If a same-sex couple entered into registered partnership abroad under a law other than Hungarian, and that particular law provides them any rights beyond those which are granted to registered partners under Hungarian law, then those particular rights which are not provided to them in Hungarian law, cannot be exercised (and cannot have any legal effects or consequences) in Hungary. For example, the joint family name or the quasi-married name of the registered partners (or of either of them) granted by German law is neither recognized nor registered in Hungary.

132. Same-sex marriage (necessarily entered into abroad under a law other than Hungarian) is not recognized as marriage in Hungary, since the constitutional notion of marriage is restricted to the conjugal union of a man and a woman. Unfortunately, it is not recognized as registered partnership, either, despite prestigious suggestions in the legal literature. This is a twofold unfair result, because on the one hand, it is not recognized as registered partnership; but on the other hand, the parties cannot even enter into registered partnership in Hungary under Hungarian law, because the “spouse” having a citizenship other than Hungarian cannot provide the required documentary evidence that he or she can enter into a registered partnership under Hungarian law, because he or she is considered to be already married due to his or her personal law. This formalistic and unfair mindset ignores the differences among the laws of the member states in this respect and the fact that the party – though married due to his or her personal law – wishes to enter into registered partnership in Hungary with the same person in order just to get their relationship acknowledged and registered also there in a form wherein it is allowed by Hungarian law.

Annex No. 1.: Chart on Similarities and Differences among Marriage, Registered Partnership and “Simple” Cohabitation (aka Civil Partnership)¹¹⁰

	Marriage	Registered Partnership	Cohabitation (aka Civil Partnership)
Gender	Different-sex couples only	Same-sex couples only	Both different- and same-sex couples
Minimum age	18, but 16 with permission of the guardian authority	18	None
Legal nature	Civil status, authentically certified by the Registry (kept by special municipality officials, e.g., registrars)	Civil status authentically certified by the Registry (kept by special municipality officials, e.g. registrars)	Not a civil status, but a fact with legal consequences (the register kept by the Notaries’ Chamber is only a declaratory one; the aim of the registration is to facilitate the proof, i.e., to establish a rebuttable presumption)
Establishment	Mutual and congruent (personal) declarations before the registrar	Mutual and congruent (personal) declarations before the registrar	Community of life commences (emotional fellowship, common household, economic community)
Dissolution	Court procedure (divorce)	Court procedure (divorce) or Notary public upon agreement	Automatically upon separation
Rules on spousal names, taking the partner’s name	Yes	No	No
Paternity presumption	Yes	No	No
Joint adoption	Yes	No	No
Artificial human reproduction as a couple	Yes	No	Different-sex couples: yes Same-sex couples: no
Default property regime	Community of property	Community of property	Participation in acquisitions
Property agreement	Possible	Possible	Possible
Alimony / maintenance after dissolution	Yes (if the former spouse is in need without fault)	Yes (if the former registered partner is in need without fault)	Yes - if the former registered partner is in need without fault, and - the partners have a common child (i.e., available only to different-sex partners), and - the community of life lasted at least one year.
Intestate succession	Yes	Yes (as spouses)	No

¹¹⁰ For a more comprehensive overview (including the above indicated factors) with regard to other fields of law beyond civil law (refusal of testimony, family status in immigration, conflict of interest, etc.), but published before the new civil code’s entering into force (!) cf. the chart at LBG T GUIDE, p. 14.

Annex No. 2: Translation of Act. No. XXIX/2009 on Registered Partnership and Related Legislation and on the Amendments of Other Statutes to Facilitate the Proof of Cohabitation¹¹¹

ESTABLISHMENT OF REGISTERED PARTNERSHIP

1. § (1) Registered partnership is established if two persons of the same sex who have reached the age of eighteen years and are both present in front of the registrar personally declare that they wish to establish registered partnership with one another.

(2) Permission to enter into registered partnership shall not be granted for minors.

(3) Following the declaration, the registrar records the establishment of the registered partnership in the registry.

(4) The establishment of registered partnership takes place publicly, in the presence of two witnesses.

2. § (1) Before entering into registered partnership, future registered partners shall declare in front of the registrar that to the best of their knowledge there is no legal impediment to the registered partnership, and they shall verify that the legal requirements for the establishment of registered partnership are satisfied.

(2) If either of the parties has a life-threatening health condition, the statement of the parties shall suffice to verify all legal requirements for the establishment of registered partnership, and registered partnership may be established immediately upon notification.

LEGAL CONSEQUENCES OF REGISTERED PARTNERSHIP

3. § (1) Unless this act stipulates otherwise or this act forecloses its application

- a) all rules that apply to marriage shall apply to registered partnership,
- b) all rules that apply to spouse or spouses shall apply to registered partner or registered partners,
- c) all rules that apply to widow shall apply to surviving registered partner,
- d) all rules that apply to divorced person shall apply to registered partner whose registered partnership was dissolved,
- e) all rules that apply to unmarried person shall apply to person who has not been married or who has not entered into registered partnership,
- f) all rules that apply to married couple shall apply to registered partners.

(2) Rules on adoption by spouses shall not apply to registered partners. Rules on presumption of paternity shall not apply to registered partners.

(3) Rules on spousal names shall not apply to registered partners. Upon entering into registered partnership a person shall no longer be entitled to bear the name of her former husband with the spousal marker, and this right shall not resume upon the dissolution of her registered partnership. If a registered partner has been using the name of her former husband with a spousal marker until the time of establishing registered partnership, she is not entitled to change her name to any other spousal name, but shall use her birth name.

(4) Rules on procedures aimed at human reproduction concerning spouses shall not apply to registered partners.

(5) Unless this act stipulates a different legal consequence to the existence or dissolution of marriage and of registered partnership, and if an entitlement or obligation concerns both widows and surviving registered partners equally, declarations about family status shall only be required in a way that “spouse”

¹¹¹ Credit goes to the “Háttér” (Background) Society (one of the largest and most active LGBTQI organizations in Hungary, cf. <http://en.hatter.hu>) for preparing an almost complete English translation of the Registered Partnership Act (I translated only S. 16). This translation is published with the kind permission of the “Háttér” Society.

and “registered partner” “widow” and “surviving registered partner” and “divorced” and „divorced registered partner” are listed as one option.

(6) In registries containing data on family status – except for the system of civil status registers and personal data and address registers – family status shall be an entry that lists “spouse” and “registered partner,” “widow” and “surviving registered partner” and “divorced” and “divorced registered partner” as one option.

TERMINATION AND DISSOLUTION OF REGISTERED PARTNERSHIP

4. § (1) Registered partnership shall cease to exist

- a) in the event of the death of one of the parties;
- b) if dissolved by court order; or
- c) if dissolved by a public notary.

(2) Rules that apply to the termination of marriages shall apply to the termination of registered partnerships.

(3) In case both parties agree on all aspects of the divorce, the public notary dissolves the registered partnership in a non-contentious civil proceeding.

5.-15. §§ Abrogated.

16. § (1) This act – with the exemption indicated in (2) – enters into force as from the 1st day of the 2nd month after their promulgation.

(2) 9. § (2) and (4) as well as 10. § (4) enters into force as from the 1st day of the 8th month after their promulgation.

17.-18. § Abrogated.

EL SOMETIMIENTO DE LAS ADQUISICIONES MINORITARIAS QUE NO OTORGAN EL CONTROL A LAS NORMAS SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

THE CONTROL UNDER MERGER RULES OF ACQUISITIONS OF NON-CONTROLLING MINORITY SHAREHOLDINGS

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

orcid ID: 0000-0003-0119-3249

Recibido: 04.09.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3875>

Resumen: El trabajo aborda la conveniencia de someter al control de concentraciones las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control del objetivo tanto a nivel europeo como nacional. La Comisión Europea propone la modificación del Reglamento de concentraciones con el fin de introducir un sistema de transparencia selectivo y evaluar estas adquisiciones aplicando el criterio de la restricción significativa de la competencia. El artículo analiza la conveniencia de reformar también la LDC en el mismo sentido.

Palabras clave: adquisiciones de participaciones minoritarias, control de concentraciones, reforma reglamento de concentraciones y LDC, mecanismos de remisión.

Abstract: The article handle with the need to extend the Merger control rules to the acquisition of non-controlling minority shareholdings at European and national level. The Commission proposes to modify de Merger Regulation in order to introduce the transparency system and apply the substantive test for mergers: the significant restriction of competition. This work analyses the convenience of the reform of the LDC as well.

Keywords: acquisition of non-controlling minority shareholdings, merger control, merger regulation and LDC reform, case referrals.

Sumario: I. Introducción. II. La adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan el control. III. Riesgos para la competencia y los consumidores. 1. Efectos anticompetitivos en adquisiciones horizontales. A) Efectos anticompetitivos no coordinados. B) Efectos anticompetitivos coordinados. 2. Efectos anticompetitivos en adquisiciones no horizontales. A) Efectos anticompetitivos no coordinados. B) Efectos anticompetitivos coordinados. IV Posibles soluciones. 1. La aplicación de las disposiciones que prohíben las ententes y los abusos de posición de dominio. 2. Sistema de transparencia selectivo. 3. Procedimiento propuesto y modificaciones legales necesarias. A) Encaje del sistema de transparencia selectivo en la LDC. B) El sistema de transparencia selectivo y los mecanismos de remisión de los asuntos. a) Supuestos de remisión previa a la notificación. b) Supuestos de remisión después de la notificación. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Numerosos son los desafíos que la concentración económica presenta actualmente para el legislador europeo y estatal y para las autoridades de competencia encargadas de preservar que la estructura de mercado garantice su buen funcionamiento¹.

Estos retos son de naturaleza diversa, algunos afectan al ámbito de las operaciones que deben ser sometidas al control previo, otros hacen referencia a las cuestiones jurisdiccionales y otros a la irrupción tecnológica que está cambiando los procesos productivos y el funcionamiento de los mercados y que hacen necesario replantearse los criterios de atribución de jurisdicción y los criterios de evaluación.

2. La cuestión del sometimiento de las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control a las reglas de las concentraciones se presenta en un momento de reflexión sobre la necesidad de reforma de la normativa tanto estatal como europea de control de concentraciones².

Este y otros retos se han puesto de manifiesto por la Comisión Europea en su libro blanco “para un control más eficiente de las concentraciones en la UE” (2014).

Asimismo, la CNMC ha iniciado un proceso de reflexión para la reforma de la LDC que se encuentra en una fase muy primaria en la que se ha invitado a los agentes sociales a participar³.

Hasta el momento la única modificación de las disposiciones de esta norma referida a las concentraciones ha sido la operada por la Ley de Economía Sostenible en el año 2011⁴. Esta Ley añadió el segundo párrafo a la letra a del número 1 del artículo 8 con el fin de eximir del procedimiento de control a todas aquellas concentraciones económicas que, aun cumpliendo el requisito de la cuota de mercado, el “umbral del volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo”.

Con este proceso la CNMC daría cumplimiento a la obligación de las Administraciones Públicas de revisar periódicamente su normativa para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar si son aptas para cumplir los objetivos para los que fueron adoptadas (Artículo 130 de la LPACAP)⁵.

¹ Algunos de estos retos ya han sido afrontados mediante el inicio de cambios legislativos para revisar los aspectos jurisdiccionales como Francia, o se está en proceso de revisión de distintos aspectos de la normativa, como el iniciado por la CNMC en España. La afectación de los cambios tecnológicos a la economía ha provocado también un proceso de reflexión internacional en el que la OCDE, las autoridades de competencia de otros países y algunas autonómicas han elaborado informes sobre su afectación a los mercados y al control que estas instituciones deben realizar de la concentración económica. La Comisión ha enfrentado los cambios en los mercados mediante la práctica decisoria y otros han sido meramente señalados por distintas instituciones, autoridades de competencia y la OCDE. COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco: Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE*, 9 de julio 2014, COM (2014) 449 final; DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 29-30 noviembre 2016; [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN2/FINAL/en/pdf)

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE/BUNDESKARTELLAMT, *Droit de la concurrence des données*, 10 mai 2016; http://www.autorite-de-la-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=629&id_article=2769

AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA. *La economía de los datos. Retos para la competencia*, Noviembre 2016, REF. nº: Es 12/2016. http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accu/documents/arxiu/actuacions/Eco-Datos-y-Competencia-ACCO.pdf

² EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Accompanying the document White Paper: Towards more effective EU merger control*, Brussels 9.7.2014, SWD (2014) 221 final.

³ El párrafo tercero de su disposición final de la LDC autoriza al Gobierno en para que, previo informe de la autoridad de competencia modifique los umbrales establecidos en el artículo 8. Igualmente, la LDC obliga a la autoridad de competencia a la realización de una valoración de la aplicación de esos umbrales cada tres años con el fin de proponer, en su caso, su modificación. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007; modificada por Ley 39/2010, de 22 de diciembre, BOE-A-2010-19703; Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, y Ley 3/2013, de 4 de junio, BOE-A-2013-5940. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

⁴ Ley de 4 de marzo de 2011, de Economía Sostenible, 2/2011, BOE 5 marzo 2011, núm. 55.

⁵ Ley de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 39/2015, BOE 236 de 15 de octubre. Para un análisis de este precepto véase J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175/2016 parte Estudios, 2016, pp.32-55.

3. Debe por tanto plantearse si la actual regulación del control de concentraciones otorga a la CNMC los mecanismos necesarios para impedir cualquier fuente de daño a la competencia cuando se producen los cambios en la propiedad de las empresas mediante adquisiciones minoritarias que no implican la adquisición del control de su objetivo. Podría incluso plantearse, aunque no será objeto de este trabajo, si el actual sistema de control de concentraciones previsto en la LDC es respetuosa con los principios de buena regulación y si cumple con el mandato de evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica (Artículo 130. 2 de la LPACAP).

Esta cuestión afecta por igual al control de las concentraciones de empresas de dimensión comunitaria como al realizado a nivel nacional por la CNMC en aplicación de la LDC de tal modo que este trabajo tratará las cuestiones de fondo y de procedimiento relativas a las dos jurisdicciones.

4. Este trabajo tiene como objetivo analizar la conveniencia de controlar las adquisiciones de participación minoritaria que no otorgan el control a la empresa adquirente cuestionando el alcance de las operaciones que deben ser objeto de control por parte de la Comisión Europea y de la CNMC. Para ello se tendrán en cuenta los siguientes principios que deben presidir la normativa del control de concentraciones: el principio de subsidiariedad, la ventanilla única, la evaluación por parte de la autoridad mejor situada y la minimización de las cargas a las empresas y a las autoridades de competencia.

II. La adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan el control

5. Al contrario de lo que ocurre en otros países de la UE –Austria, Alemania y Reino Unido– y en algunos países extracomunitarios, por ejemplo Japón, Canadá, Chile y EEUU, el Reglamento europeo de concentraciones y la LDC impiden el examen previo de transacciones consistentes en adquisiciones de una participación minoritaria no supone la adquisición del control de la empresa adquirida⁶.

El Reglamento europeo define una operación de concentración como la adquisición del control, directo o indirecto de una o varias empresas sobre otra u otras (artículo 3.1, letra b)⁷. La LDC en el artículo 7.1 también exige para denominar concentración económica la adquisición del control sobre la adquirida. Ambas normas dejan, por tanto, fuera de la vigilancia de las autoridades de competencia una posible fuente de daño a la competencia y los consumidores⁸.

6. La cuestión de realizar un control previo de las adquisiciones de participaciones minoritarias se plantea por la necesidad de dotar a las autoridades de competencia de todos los métodos y mecanismos para luchar contra todas las fuentes de daño a la competencia y, por tanto, a los consumidores.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco: Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE*, 9 de julio 2014, COM (2014) 449 final, pp: 10-11 y COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, p. 15. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco...*, pp: 10-11.

⁷ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”), DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, p. 1. Véase la interpretación de esta disposición en STG (Sala tercera) de 6 de julio de 2010, *Aer Lingus Group plc c. Comisión Europea y Ryanair Holdings plc*, T-411/07.

⁸ La Comisión europea puede analizar los efectos de una adquisición minoritaria preexistente en una empresa cuando ésta es parte en una operación en la que se adquiere el control pero no cuando la adquisición minoritaria se produce en un momento posterior. Véase el ejemplo en la Decisión de la Comisión 13 marzo 2009, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*, COMP/M.5406. En cambio la Comisión no pudo analizar una adquisición minoritaria en la Decisión de la Comisión de 27 junio 2007, *Ryanair/AerLingus I*, Asunto COM/M.4439 y fue la Comisión de Competencia del Reino Unido la que obligó a Ryanair a limitar a menos de un 5% su adquisición.

Aunque Ryanair recurrió la decisión ésta fue confirmada en Judgment Court of Justice (Civil) de 12 febrero, *Ryanair Holdings plethe Competition and Markets Authority-Aerlingus Groupplc* Case No: C3/2014/1376.

Véase también los efectos anticompetitivos no coordinados que obligaron a asumir ciertas obligaciones para que la adquisición minoritaria de la Decisión de la Comisión de 19 de septiembre de 2006, *Toshiba/Westinghouse*, COM/M.4153. Esta adquisición fue evaluada por la Comisión por su vinculación con la operación en la que si se adquirió el control de la empresa adquirida. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4153_20060919_20212_en.pdf

La Comisión Europea puso de manifiesto en el libro blanco sobre las concentraciones económicas de 2014 los problemas que surgían por la imposibilidad de someter a estas adquisiciones a un control previo⁹.

III. Riesgos para la competencia y los consumidores

7. La experiencia de la Comisión y de los países citados anteriormente muestra que estas operaciones en las que no se adquiere el control de la empresa objetivo también pueden perjudicar la competencia y a los consumidores¹⁰. Los efectos anticompetitivos no coordinados y coordinados se producirán en el caso de que estas adquisiciones impliquen un incremento significativo del poder de mercado de las partes en la transacción¹¹.

8. En la valoración de los riesgos para la competencia pueden tenerse en cuenta ciertas características de los socios, por ejemplo si éstos son entidades privadas o públicas. Este criterio en cuestión se utilizó para valorar la capacidad de influencia real de una participación minoritaria en el asunto *VEBA/VIAG*¹². La Comisión consideró que la capacidad de influir de forma decisiva del socio minoritario con intereses empresariales en la política de la adquirida puede acentuarse si los socios mayoritarios son instituciones públicas (municipios) que, por lo general, están representados en sus órganos por un mandatario político. Este hecho hace, a juicio de la Comisión, que el interés empresarial esté concentrado exclusivamente en las empresas privadas que poseen la participación minoritaria. Esto puede ocasionar que, en la práctica el peso de la participación y representación de las entidades privadas pueda ser muy superior al que expresan nominalmente las participaciones y la presencia cuantitativa en los órganos de las empresas.

1. Efectos anticompetitivos en adquisiciones horizontales

A) Efectos anticompetitivos no coordinados

9. Se denomina efectos no coordinados o unilaterales a los producidos tras la concentración o la transacción minoritaria que permite a la nueva entidad o entidades aumentar su poder de mercado e incrementar los precios unilateralmente¹³. El libro blanco concluye que los efectos anticompetitivos no

⁹ Esta imposibilidad de control impedía tener en consideración los intereses de las empresas con previas participaciones minoritarias en competidores y las que actúan mercado arriba o abajo de las partes en una concentración salvo en el caso de una notificación de una adquisición de control distinta. Tampoco es posible controlar las adquisiciones de participación minoritarias que se produzcan tras la evacuación en aplicación del Reglamento de concentraciones de una operación en la que se adquiere el control. European Commission, *Commission staff working document. White paper. Towards more effective EU merger control*, 9 julio 2014, COM (2014) 449 final, p. 17.

¹⁰ Decisión de la Comisión de 13 de julio de 2005, *Siemens/VA Tech*, COMP/M.3653 y otros asuntos citados en el Anexo II del documento de consulta de la comisión Europea. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3653_20050713_20600_en.pdf. Y las decisiones de las autoridades de otros Estados citadas en el documento de trabajo para la elaboración del libro blanco de la Comisión, European Commission, *Commission staff working...*, pp:17-22.

¹¹ Para un estudio detallado de la evaluación de los daños que las concentraciones producen para el bienestar general y de los consumidores y la separación de los daños en coordinados y no coordinados véase, M. MOTTA, *Competition policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, pp: 231-301. Después de la publicación de esa obra la Comisión adoptó dos comunicaciones para orientar a las empresas sobre la evaluación de los daños que las operaciones de concentración. Estas directrices se siguen también por la CNC –y CNMC– actualmente para la aplicación de la LDC. COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 265 de 18 octubre 2008, pp: 6-24 y COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 31 de 5 febrero 2004, pp: 5-18. Sobre la aplicación de los efectos de las concentraciones y su análisis en aplicación del artículo 10 LDC, véase J. FOLGUERA/P. VIDAL, “Artículo 10”, en J. MASSAGUER/J. FOLGUERA/J.M. SALA ARQUER/A. GUTIÉRREZ, (DIR.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, 3ª ed., 2012, pp: 431 y ss.

¹² Decisión de la Comisión de 13 junio 2000, *VEBA/VIAG*, COMP.M.1673, p. 39.http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1673_20000613_600_es.pdf

¹³ Véase el estudio de estos efectos en las concentraciones horizontales en aplicación del Reglamento de concentraciones hasta el año 2004 en M. MOTTA, *Competition policy...* pp: 233-250.

coordinados se pueden producir al incrementar los incentivos y la capacidad del adquirente de aumentar los precios o limitar la producción¹⁴.

- En caso de que el comprador tenga un incentivo financiero en los beneficios de su competidor puede decidir internalizar el incremento de los beneficios que resultarían del incremento de los precios de sus productos o la reducción de su propia producción¹⁵.
- La gravedad de los problemas de competencia se acentúan cuando el comprador adquiere capacidad de influencia en las decisiones de la adquirida y esto le permite utilizar su posición para limitar las estrategias competitivas de ésta última. La debilita así como fuerza competitiva¹⁶.

La capacidad de influencia en el competidor puede obtenerse de forma directa o indirecta (a través de otra empresa del grupo) y mediante la adquisición de derechos de voto, derechos de información o la capacidad de influir en la toma de decisiones estratégicas –necesarias para aprobar inversiones, innovar en los productos o la decisión del ámbito geográfico de ventas–¹⁷.

B) Efectos anticompetitivos coordinados

10. Las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control sobre el objetivo pueden producir también efectos anticompetitivos coordinados¹⁸. Se denominan efectos coordinados anticompetitivos o *pro-collusive effects* a los posibles efectos derivados no del comportamiento de una única empresa sino los generados por el establecimiento de unas condiciones más favorables para la colusión en el mercado¹⁹. Este efecto no sólo depende de la adquisición minoritaria o la concentración, sino de otros factores como las barreras de entrada, los vínculos de propiedad entre competidores, las posibilidades de intercambio de información entre las empresas, la regularidad y frecuencia de las conexiones en el mercado y la ausencia de otras presiones competitivas.

El Tribunal de Primera Instancia ya determinó en el asunto *Air Tours/FirstChoice* el estándar de prueba en las evaluaciones de las concentraciones para considerar más probable la coordinación de las empresas restantes en el mercado tras la operación²⁰. Las condiciones que deben cumplirse para que una autoridad de competencia impida una operación de concentración por el riesgo de coordinación son:

1. El nivel de transparencia tiene que ser tal que “cada miembro del oligopolio tiene que tener la capacidad de conocer cómo se están comportando los otros con el fin de controlar si están adoptando la política colusoria común”.
2. Los “mecanismos de castigo o de represalia que disuadan a los miembros del oligopolio de alejarse de la política común”: tienen que ser creíbles y de posible ejecución.
3. Los competidores actuales y futuros así como los consumidores no son capaces de poner en peligro los resultados esperados de la política común”.

¹⁴ Véase el análisis realizado por la autoridad británica de la competencia en su examen de la adquisición minoritaria de Ryanair sobre AerLingus que no pudo ser evaluada por la Comisión europea en aplicación del Reglamento de concentraciones. COMPETITIONCOMMISSION en su *Informe final de 28 de agosto de 2013, Ryanair Holdings plc and AerLingus Group plc*, pp: 35-70. http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402162742/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competition-commission/docs/2012/ryanair-aer-lingus/130828_ryanair_final_report.pdf.

¹⁵ Este efecto se produciría en el caso de que la participación minoritaria otorgara influencia al comprador sobre las decisiones del objetivo (adquisición activa) o no se la otorgara (adquisición minoritaria pasiva). COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco...*, p. 11.

¹⁶ Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2007, *Ryanair/AerLingus I*, Asunto COMP/M.4439 confirmada por el Tribunal General en STG 6 julio de 2010, *Ryanair Holdings plc c. Comisión Europea*, Rec. 2010, p. II- 3457.

¹⁷ Véase también los efectos anticompetitivos no coordinados derivados de los derechos de veto y de la posibilidad de obtener información de un competidor que obligaron a las partes a asumir ciertas obligaciones para que la adquisición minoritaria de la Decisión de la Comisión de 19 de septiembre de 2006, *Toshiba/Westinghouse*, COM/M.4153, pp: 20 y ss. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4153_20060919_20212_en.pdf

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco...*, p. 12.

¹⁹ M. MOTTA, *Competition policy* ... pp. 250-264.

²⁰ STPI de 6 junio de 2002 *Air Tours plc c. Comisión Europea*, T-342/99, Rec. 2002, II-2592.

11. La experiencia de la Comisión demuestra que las adquisiciones minoritarias pueden aumentar la transparencia y con ello incentivar la colusión tácita o explícita para obtener beneficios supracompetitivos²¹. Asimismo, cuando la adquisición minoritaria otorga al comprador acceso privilegiado a las actividades comerciales de su objetivo puede incrementar la credibilidad y la eficacia de la amenaza de represalias en caso de que este último se aleje del comportamiento colusorio.

Esto puede producirse en el caso de que la operación otorgue al socio minoritario representación en el consejo de vigilancia de un competidor que le permitirá tener capacidad de influencia en la toma de decisiones y estrategias más importantes²².

2. Efectos anticompetitivos en adquisiciones no horizontales

12. Las adquisiciones minoritarias no horizontales también pueden plantear problemas de competencia relacionados con la posibilidad de bloquear los insumos o los clientes²³. La Comisión Europea considera que el daño por el bloqueo de los insumos puede ser incluso más probable en las adquisiciones minoritarias que en las concentraciones en las que se adquiere el control ya que la empresa compradora sólo asume una parte de la pérdida de los beneficios producida como consecuencia de las prácticas exclusionarias²⁴.

De la experiencia administrativa de la Comisión se deriva que las adquisiciones minoritarias no horizontales pueden producir tanto efectos coordinados como no coordinados contrarios a la competencia y a los consumidores²⁵.

A) Efectos no coordinados

13. La operación producirá un daño en la competencia si la entidad resultante adquiere la capacidad y los incentivos para impedir a los competidores el acceso a insumos, productos o servicios que ésta hubiera suministrado de no producirse la concentración. Este bloqueo puede elevar los costes de los competidores o incluso limitar su capacidad de expansión si se trata, como se demostró en el asunto *IPIC/MAN Ferrostaal*, de la tecnología para producir un producto²⁶.

— La capacidad para impedir el acceso a la tecnología para fabricar un producto.

14. La capacidad para cerrar el mercado impidiendo el acceso a los insumos depende de un elemento relativo a la adquisición minoritaria. Ésta tiene que otorgar la posibilidad de tener una influencia decisiva en la participada. La posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la empresa a través de una adquisición minoritaria (menor al 30%) puede ser posible si el acuerdo contempla disposiciones que otorgan derechos de protección que van más allá del ámbito normal de los derechos de un accionista minoritario. La utilización de esos derechos puede permitir el ejercicio de una influencia en la toma de decisiones importantes sobre los contratos de cesión de licencias y desarrollo de proyectos competitivos de la adquirida. Si la entidad resultante compite con los licenciarios en fases sucesivas del proceso productivo esta cuestión puede debilitar la capacidad de competir del resto de empresas.

²¹ Decisión de la Comisión de 13 junio 2000, *VEBA/VIAG*, COMP.M.1673, p. 3. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1673_20000613_600_es.pdf

²² La participación le puede ofrecer la posibilidad de obtener información sobre los precios, volúmenes de compra, etc. *Ibidem*

²³ La referencia a las concentraciones no horizontales incluye las verticales y las conglomeradas tal y como las distingue y ofrece orientación para su análisis la Comunicación sobre concentraciones no horizontales, COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 265 de 18 octubre 2008, p. 6.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco* ..., p. 12.

²⁵ M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, IDEI, Toulouse, March 2003, Final Report for DG Competition, European Commission. http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf

²⁶ La tecnología y también la melanina que se produce con ella son el insumo en el supuesto analizado por la Comisión Europea en el asunto *IPIC/MAN Ferrostaal*. Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2009, *IPIC/MAN Ferrostaal*, COMP/M.5406, p. 9. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5406_20090313_20212_en.pdf

Además, tal y como se puso de manifiesto en el asunto mencionado, en el supuesto de que la adquisición afecte a derechos de propiedad industrial los acuerdos de accionistas pueden otorgar al accionista minoritario amplios derechos de información, lo que puede tener efectos disuasorios sobre la contratación de licencias en los clientes actuales y potenciales dado que la importante información que hay que intercambiar en los contratos de cesión de tecnología puede acabar en manos del competidor del futuro licenciario. Tras la operación la entidad resultante puede tener la posibilidad de limitar la capacidad de crecimiento o retrasar los proyectos de competidores actuales que utilicen esa tecnología o impedir la entrada de nuevos competidores.

15. El efecto dañino sobre la competencia en las adquisiciones minoritarias no horizontales dependerá también de la estructura del mercado. La capacidad para impedir el acceso al input -la tecnología necesaria para la producción de una materia prima o producto intermedio- puede plantear problemas de competencia si se refiere a un input importante para el mercado aguas abajo y si los competidores -la entidad integrada verticalmente- tienen un poder de mercado significativo en el mercado aguas arriba²⁷.

La tecnología puede ser un input importante para el mercado aguas abajo si la mayoría de los productores utilizan esa tecnología para construir a nivel mundial las fábricas de producción. Si no existe otra tecnología alternativa que sea considerada viable por los fabricantes, el incremento de la capacidad productiva del producto final o la entrada de nuevos fabricantes sólo parece posible si tienen acceso a esa tecnología.

16. Será necesario valorar también si la entidad sobre la que ahora se puede ejercer la influencia decisiva es una entidad que tiene un poder de mercado significativo. Por ejemplo, si se trata de la única entidad que al no estar integrada verticalmente ofrece y otorga licencias de la tecnología necesaria para la producción de un producto a terceros. Esto puede ocurrir en el caso de que el resto operadores poseen su propia tecnología y no la ceden porque la usan ellas mismas -están integradas verticalmente u operan en jointventures en las que el propietario de la tecnología tiene una gran cuota- o la tecnología que poseen no constituye una opción viable para los productores²⁸.

— Incentivos para impedir el acceso a la tecnología.

17. La adquisición minoritaria puede crear incentivos para impedir el acceso a los insumos. Para determinar si éstos existen hay que valorar el beneficio que este bloqueo otorgue²⁹. La autoridad de competencia tendrá que analizar las condiciones del mercado para averiguar si estos incentivos resultarán de la concentración. Por un lado, la Comisión evalúa la pérdida de beneficios aguas arriba por la reducción de las licencias que la filial dejaría de otorgar y, por otro, el beneficio obtenido por la expansión de las ventas o el incremento de los precios en el mercado del producto fabricado por otras empresas del grupo integradas verticalmente -y que disponen de su propia tecnología-.

Si el cierre del mercado de la tecnología provoca un aumento de los precios y la empresa poseedora de la participación minoritaria sólo soporta una parte (inferior al 30%) de las pérdidas del licenciante no hace falta que los precios se eleven sustancialmente en caso de que el competidor que se beneficia tiene una cuota importante de mercado³⁰. Esta posibilidad también dependerá de la situación de la demanda en el mercado y su previsión en el futuro.

18. Finalmente el análisis exige valorar el impacto global en la competencia efectiva de la participación minoritaria. Para ello habrá que evaluar si el bloqueo de los insumos dará lugar a un incremento de los precios en el mercado descendente.

²⁷ Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2009, *IPIC/MAN Ferrostaal*, ... p. 9.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones no horizontales*..., pp. 12 y ss.

³⁰ *Ibidem*.

B) Efectos anticompetitivos coordinados

19. Las adquisiciones minoritarias verticales pueden también producir efectos coordinados si la transacción erige barreras de entrada e incrementa la dependencia de los actuales productores –que utilizan la tecnología de la adquirida– de la empresa adquirente. La producción de estos efectos dependerá de la estructura de mercado tras la operación, si la operación elimina la presión competitiva de la empresa sobre la que se puede tener esa influencia se puede aumentar la probabilidad de coordinación del comportamiento de las empresas restantes³¹.

Esto es probable si, como también se puso de manifiesto en el asunto *IPIC/MAN Ferrostaal*, el mercado está altamente concentrado -solo permanecerían dos oferentes del input-, el producto es muy homogéneo, el mercado es muy transparente, operadores restantes son simétricos en cuanto de mercado, capacidad e incentivos.

La probabilidad de realizar comportamientos colusorios dependerá también de la posibilidad de su descubrimiento y sanción, en su caso. Si el mercado está altamente concentrado –restan dos operadores– la colusión tácita es fácil de organizar de forma eficiente y difícil de detectar.

Finalmente, la generación de estos efectos dependerá de si los clientes son capaces de cambiar de suministrador hacia proveedores alternativos y éstos tienen la posibilidad de incrementar su capacidad para servir a esta nueva demanda.

IV. Posibles soluciones

1. La aplicación de las disposiciones que prohíben las ententes y los abusos de posición de dominio

20. Una primera opción que debe plantearse para resolver los posibles daños a la competencia de las adquisiciones minoritarias es la posibilidad de aplicar las disposiciones relativas a la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición dominante. La aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE –y de los artículos 1 y 2 de la LDC para las que no alcancen dimensión comunitaria– para controlar las adquisiciones minoritarias plantea los inconvenientes que ya se pusieron de manifiesto en el periodo previo a la adopción del Reglamento de concentraciones en el año 1989. En ese momento se estudió la utilización de los entonces artículos 85 y 86 del Tratado de Roma para controlar las concentraciones entre empresas³².

Las dificultades de aplicación del 101 TFUE se refieren por un lado, a la dificultad de calificar como “acuerdo” los instrumentos jurídicos con los que se instrumenta la adquisición de una participación minoritaria, piénsese, por ejemplo, en las adquisiciones de acciones en el mercado de valores³³. Y, por otro lado, en la necesidad de demostrar que dicho acuerdo tiene como objeto o por efecto restringir la competencia³⁴.

La aplicación del artículo 102 TFUE requiere que la empresa adquirente ostente posición de dominio y que la compra minoritaria constituya un abuso de esa posición. Esto hace que el control de estas adquisiciones no pueda realizarse en todos los casos³⁵.

³¹ M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, *The Economics of...*, p. 65.

³² R. ALONSO SOTO, “La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas (Comentario a la Sentencia Philip Morris, de 17 de noviembre de 1987), *RIE*, 1988, pp: 769-788 y N. GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control las operaciones de concentración entre empresas*, Granada, Comares, 1997, pp: 50-89.

³³ Comisión europea destaca la limitada capacidad de los artículos 101 y 102 del TFUE para controlar las adquisiciones minoritarias y sus inconvenientes procedimentales, EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Accompanying the document White Paper: Towards more effective EU merger control*, Brussels 9.7.2014, SWD (2014) 221 final, p. 23.

³⁴ Sentencia TJCE de 17 de noviembre de 1987, *British American Tobacco Company Ltd y otros/Comisión*, 142 y 156/84, Rec. 4566 y ss. Véase el análisis de este caso en N. GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad*, ...pp: 79 y ss. y la doctrina citada en la nota 190.

³⁵ Decisión de la Comisión de 9 diciembre 1971, *Continental Can*, 72/21/CEE, JOCE7/25 de 8 de enero y sentencia del 21 febrero 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. C. Commission des Communautés européennes*, 6/72, ECR p. 216. Y STJUE 6 julio 2010, *AerLingus v. Commission*, asunto T-411/07, ECR II-3691, 2010.

21. Las adquisiciones minoritarias suponen un cambio estructural duradero en el mercado, no constituyen comportamientos conductuales, por ello los efectos perjudiciales que pueden producir son similares a las adquisiciones que otorgan el control de la empresa adquirida. Esto hace que la evaluación de sus efectos encaje más con el test de la *restricción significativa de la competencia efectiva* –test RSCE– previsto en el artículo 2 del Reglamento de concentraciones o el de la *obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva* del artículo 10 de la LDC que con el análisis realizado en aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE o en los artículos 1 y 2 de la LDC³⁶.

22. Otras razones relativas a la seguridad jurídica aconsejan también someter estas adquisiciones a las disposiciones previstas para las concentraciones en la LDC y al Reglamento comunitario de concentraciones. Por un lado, la aplicación de las reglas prohibitivas de los acuerdos y el abuso de posición de dominio requeriría que las empresas partes de la adquisición autoevaluaran su compatibilidad con las reglas de competencia y asumieran el riesgo de la intervención de las autoridades nacionales o estatales de la competencia con posterioridad. En estos casos en los que hay que evaluar los efectos en el futuro de los cambios duraderos que suponen las adquisiciones minoritarias, este procedimiento parece garantizar en menor medida la seguridad jurídica que el previsto en el Reglamento y en la LDC para las concentraciones. En virtud de estas normas la autoridad de competencia debe adoptar una decisión de autorización o prohibición en un plazo breve y legalmente obligatorio³⁷.

2. Sistema de transparencia selectivo

23. Por todas las razones expuestas en el apartado anterior parece conveniente el sometimiento de estas operaciones al sistema europeo y español de control de concentraciones establecido en los dos ordenamientos jurídicos para las operaciones con y sin dimensión comunitaria, respectivamente.

La Comisión Europea considera en el libro blanco que el sistema que se adoptara debiera respetar tres principios básicos. En primer lugar, debe permitir el control *ex ante* de las operaciones potencialmente dañinas para la competencia. En segundo lugar, el sistema no debe crear cargas burocráticas desproporcionadas ni para las empresas participantes ni para las autoridades de competencia. En tercer lugar, el sistema debe ajustarse al sistema actual de atribución de casos y reenvío de casos entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia.

24. Para cumplir con el primer principio la Comisión Europea y la CNMC sólo debieran controlar las adquisiciones minoritarias susceptibles de causar un daño al mercado. Atendiendo a los potenciales perjuicios o “teoría del daño” identificadas por la teoría económica y la Comisión europea en su libro blanco sólo ciertas adquisiciones minoritarias entre competidores o entre empresas en las que exista una relación directa vertical son potencialmente anticompetitivas. De entre ellas, solo las transacciones en las que se adquiere cierta influencia sobre el comportamiento competitivo de la empresa objetivo o las transacciones que crean incentivos en la empresa adquirida de adaptar su comportamiento competitivo deberían ser objeto de evaluación previa. De este modo se garantizaría el análisis de las adquisiciones problemáticas pero sólo de éstas.

El criterio de la notificación previa de todas las adquisiciones minoritarias que superaran determinados umbrales –como está previsto ahora para las concentraciones en el Reglamento europeo y en la LDC– crearía una carga desproporcionada tanto para las empresas como para las autoridades de competencia.

³⁶ Véase la aplicación de este criterio de evaluación por la extinta CNC en una concentración de compra de activos. Resolución CNC de 18 febrero de 2009, *Caso Productos del Café/Cafés Castel*, Expte. C-0132/09.

³⁷ Está generalmente admitido la ventaja que supone el sometimiento de la prohibición de las concentraciones a unos plazos breves previstos en el artículo 36.2 LDC –de un mes para la primera fase y de dos meses para la segunda fase– y en el Reglamento de concentraciones –35 y 90 días respectivamente– (artículo 10). Aunque ambas normas prevén la posibilidad de ampliar o suspender estos plazos por causas tasadas los efectos del silencio administrativo son de autorización.

25. La Comisión ha propuesto un sistema al que ha denominado *sistema de transparencia selectivo*³⁸. Este sistema le otorgaría competencia para evaluar, en aplicación del Reglamento de concentraciones, un número limitado de casos, solo las adquisiciones minoritarias potencialmente anticompetitivas³⁹.

Para que una adquisición minoritaria pueda ser considerada potencialmente anticompetitiva debe cumplir dos condiciones:

- 1) La transacción tiene que afectar a competidores o a empresas que actúan en mercados relacionados verticalmente. En esta fase no se trataría de determinar el mercado relevante y analizar si las partes son competidoras en él sino de considerar si son activas en el mismo sector económico y en el mismo ámbito geográfico y si el adquirente tiene una relación de competencia con la adquirida⁴⁰.
- 2) La vinculación entre las empresas participantes debe ser significativo. Se requeriría un nivel mínimo de participación (alrededor del 20% o si es inferior pero superior al 5% que la operación otorgue –alternativa o cumulativamente– ciertos derechos adicionales). Esos derechos –derechos de bloqueo, nombramientos en el consejo de administración, acceso a información sensible de un competidor, etc.– pueden conferir a la empresa adquirente cierta influencia sobre la adquirida o acceso a información sensible.

La concurrencia de estos elementos crearía lo que el libro blanco denomina *vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia*. Este vínculo justificaría, atendiendo a la práctica en otras jurisdicciones y la teoría del daño establecida por los economistas, la exigencia del control previo de las autoridades de competencia.

- La Comisión propone el umbral de participación en el 20% para considerar la existencia de un vínculo significativo⁴¹.
- Si la cuota de participación adquirida se encuentra entre el 5 y el 20% se requeriría que operación otorgara a la compradora ciertos derechos –nombrar a miembros del consejo de administración, la posibilidad de ejercer influencia u obtener acceso a información de la adquirida, sensible para competir en el mercado–. En estas condiciones la adquisición crearía el vínculo significativo desde el punto de vista concurrencial⁴².

3. Procedimiento propuesto y modificaciones legales necesarias

26. El procedimiento propuesto por la Comisión en el Libro blanco tiene varias fases⁴³: En primer lugar, las partes se autoevaluarán para decidir si la transacción proyectada crea ese vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia.

³⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco*..., pp: 26-35.

³⁹ Únicamente entre 20 y 30 adquisiciones minoritarias al año serían sometidas al control previo en aplicación de este nuevo sistema. *Ibidem* ..., p: 27.

⁴⁰ Este criterio permitiría a la Comisión europea valorar las cuestiones de competencia que plantean las adquisiciones minoritarias sobre empresas con las que no se compite directamente pero que disponen de una participación minoritaria en una o más empresas que si compiten con la adquirida. Supuesto semejante al evaluado por la Comisión europea en el asunto *IPIC/Ferrostaal AG* en aplicación del Reglamento de concentraciones tras una adquisición del control de una empresa. Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2009, *IPIC/MAN FerrostaalAG*, COMP/M.5406.

⁴¹ A partir de esta participación algunas legislaciones nacionales en materia societaria confieren derechos a los accionistas para bloquear resoluciones estratégicas lo que le permite influir en la estrategia de la empresa adquirida. Aunque la participación mínima para tener esa capacidad difiere entre Estados y en cada uno de ellos de la forma societaria, es necesario atender también a elementos fácticos que influyen en los derechos de los accionistas. COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco* ..., p: 28.

⁴² A partir de esos umbrales los incentivos financieros de la empresa pueden cambiar y afectar a los incentivos de las empresas para competir

⁴³ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco* ..., p. 31. Los cambios propuestos suponen la modificación del Reglamento europeo de concentraciones lo que requiere la unanimidad de los Estados miembros.

En segundo lugar, si la operación creara ese vínculo las partes tendrían la obligación de comunicar el proyecto a la Comisión, a través de una nota informativa⁴⁴. La Comisión tendría así la oportunidad de pronunciarse sobre si la operación es problemática y, tras la publicación de la comunicación, se daría la opción a los EEMM y a otros operadores de manifestar sus observaciones. Los Estados miembros podrían asimismo solicitar, en su caso, la remisión. Para que el reenvío del artículo 9 pueda ser puesto en marcha por parte de los Estados miembros, la legislación nacional debe permitir el control de las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control de la empresa comprada.

Finalmente, en caso de que la Comisión considerara que la operación requiere una investigación formal en aplicación del Reglamento de concentraciones solicitaría a las partes una notificación formal que diera lugar al inicio de la fase I del procedimiento. Por el contrario, si esta comunicación de transparencia no planteara problemas de competencia las partes, tras un periodo de tiempo podría ejecutar la transacción⁴⁵.

27. El encaje de este procedimiento en el ordinario del Reglamento de concentraciones requiere el establecimiento de la suspensión de la ejecución de la operación (artículo 7 Reglamento) para que en un plazo de 15 días la Comisión pueda evaluar la conveniencia de solicitar a las partes una notificación formal y los Estados miembros solicitar la remisión del asunto en aplicación del artículo 9⁴⁶.

Para permitir que el resto de operadores presenten sus observaciones la Comisión sugiere el establecimiento de un periodo tras la ejecución de la transacción en el cual se pudiera iniciar de nuevo la evaluación. Ese periodo de “prescripción” es de 4 meses en la legislación del Reino Unido (Section 24 Enterprise Act)⁴⁷.

A) Encaje del sistema de transparencia selectivo en la LDC

28. Al igual que ocurre en el ámbito europeo, la actual regulación del artículo 9.4 LDC no obliga a notificar a la CNMC una transacción que consista en la compra de una participación que no suponga la adquisición del control sobre su objetivo. Por tanto, hoy en día los efectos perjudiciales de estas operaciones escapan al control de la CNMC⁴⁸.

El concepto de concentración y de control de la LDC es el mismo que el del Reglamento de concentraciones; este último se refiere a la capacidad de “ejercer una influencia decisiva” sobre la compañía⁴⁹.

Pero las razones expuestas sobre los posibles efectos negativos para los consumidores de las adquisiciones minoritarias –que sin llegar a otorgar el control pueden limitar la capacidad de las empresas para competir o modificar los incentivos financieros– son trasladables al mercado español y a las adquisiciones que no tienen dimensión comunitaria. Por ello, en estos momentos de reflexión para la modificación de la LDC sería conveniente plantearse esta cuestión y no perder la oportunidad de dotar a la CNMC de todos los mecanismos necesarios para garantizar el adecuado funcionamiento de los mercados⁵⁰.

⁴⁴ Voluntariamente las partes podrían realizar una notificación formal –en el sentido del artículo 4.1 del Reglamento de concentraciones– dando inicio de este modo el procedimiento ordinario del control de concentraciones.

⁴⁵ La Comisión europea considera necesario que la comunicación de transparencia suministre información, como mínimo, sobre las partes, su volumen de negocios, detalles de la transacción, la participación de la adquirente antes y después de la operación y los derechos que se otorguen al comprador sobre la empresa adquirida. Asimismo debiera conocerse información sobre el mercado y sus principales competidores: las cuotas de mercado de las partes en aquéllos mercados donde se supere la cuota de mercado combinada del 20%. Similar información se requiere en aplicación de la normativa alemana y de los USA para el control de adquisiciones minoritarias. *Ibidem*.

⁴⁶ Este es el periodo de tiempo previsto en el artículo 9 del Reglamento para que las autoridades de competencia de los Estados miembros soliciten la remisión porque consideran que la operación afecta o puede afectar a un mercado definido, dentro de ese Estado.

⁴⁷ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, p. 28. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2__Mergers__Guidance.pdf

⁴⁸ RCNC de 7 septiembre 2011, *Gestamp/Essa Palau*, Exp. C-0382/11. Y comentario FOLGUERA/P. VIDAL, “Artículo 10”, en J. MASSAGUER/J. FOLGUERA/J.M. SALA ARQUER/A.GUTIÉRREZ, (DIR.), *Comentario a la Ley* ..., pp. 380-381.

⁴⁹ Esta afirmación se deduce de la comparación de los artículos 7 apartados 1 y 2 de la LDC y el artículo 3.1 del Reglamento de concentraciones y de la aplicación de los mismos por las autoridades y tribunales correspondientes.

⁵⁰ Los criterios para atribuir jurisdicción sobre las operaciones de concentración del sistema de control de la LDC debe permitir que la CNMC pueda examinar las operaciones potencialmente peligrosas para el mantenimiento de la competencia efectiva pero no deben someter al control las operaciones que no lo son. Las cifras de notificaciones de cada año a la CNMC y

29. Para que la vigilancia de la CNMC pudiera alcanzar estas operaciones sería necesario modificar la LDC para atribuir jurisdicción sobre las adquisiciones minoritarias que crearan ese *vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia* y superaran uno de los umbrales previstos en el artículo 8.1 LDC⁵¹. Esta modificación debiera respetar igualmente los principios planteados para la modificación del Reglamento de concentraciones: permitir el control *ex ante*, la no imposición de cargas burocráticas desproporcionadas ni para las empresas participantes ni para la CNMC y ajustarse al sistema actual de atribución de casos y reenvío de casos entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia⁵².

Esta modificación es deseable porque conseguiría también un control de concentraciones español armonizado con el previsto en la legislación europea y nos acercaría al deseable objetivo de que todas las autoridades de competencia en Europa aplicaran la misma legislación en materia de concentraciones.

30. El criterio de evaluación previsto en la LDC para impedir las concentraciones que obstaculicen la competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional (artículo 10.1 LDC) aplicado por la CNMC -siguiendo los criterios de la Comisión europea en aplicación del Reglamento europeo- es el más adecuado para evaluar las adquisiciones de participaciones minoritarias en España también porque no requiere la demostración de la posición de dominio y el abuso de la misma⁵³.

Este criterio es el que se utiliza también por las legislaciones europeas que controlan las adquisiciones minoritarias⁵⁴. Por ello, la modificación de la LDC en el sentido propuesto en este trabajo alinearía el control de las adquisiciones minoritarias con los países de nuestro entorno y con la UE desde el punto de vista sustantivo.

31. El sistema previsto para la comunicación de las adquisiciones minoritarias debe encajar en el procedimiento del control de las concentraciones establecido en los artículos 55 y siguientes de la LDC. Se requeriría la modificación de la LDC para que las partes de una adquisición minoritaria que no otorgara el control a la adquirente pero que creara esos vínculos significativos desde el punto de vista de la competencia y que superara los umbrales del artículo 8 tuvieran la obligación de presentar una comunicación a la CNMC. La comunicación se realizaría tras una autoevaluación de las partes aunque la CNMC podría solicitar la presentación de la misma si tuviera conocimiento de la existencia de la adquisición y ésta no se hubiera realizado.

el número de autorizaciones en primera fase sin compromisos –más del 95% en el año 2016– parece recomendar la revisión de los umbrales del artículo 8 LDC. Esto permitiría que la competencia de la CNMC para evaluar las adquisiciones minoritarias no la sobrecargara excesivamente. Véanse las cifras sobre las notificaciones y las resoluciones del Consejo de la CNMC en COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Memoria 2016*, p.26.

⁵¹ La CNMC es competente para evaluar las concentraciones que afecten a empresas de cierta envergadura. Alternativamente se deben superar uno de los dos umbrales previstos en el artículo 8.1 letras a y b LDC. La letra a) requiere que tras la operación la entidad adquiera una cuota de mercado igual o superior al 30 % del mercado relevante.

⁵² En cuanto a la carga que puede suponer para la CNMC, los datos publicados en la memoria del año 2016 reflejan que el número de las operaciones notificadas fueron 104, de ellas 54 operaciones fueron notificadas mediante el procedimiento simplificado, que reduce la carga de trabajo y exigencias de información de los notificantes y acelera su resolución. Por su parte, el Consejo resolvió un total de 102 operaciones de concentración en 2016 de las que 96 fueron autorizadas en primera fase sin compromisos y 5 se autorizaron en primera fase con compromisos. Una notificación fue archivada por desistimiento de las partes. No hubo por tanto, operaciones que exigieran un análisis en segunda fase. *Ibidem*.

⁵³ La CNMC y la CNC antes han aplicado la teoría del daño y los principios establecidos en las comunicaciones de la Comisión europea que contienen las directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales y verticales, COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 265, de 18 octubre 2008 y COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 31, de 5 febrero 2004. *Vid. per omnia*: Resolución CNC de 10 junio 2009, *Distritutas/Gelesa/Siglo XXI/Logintegra*, Exp. C-119/08, Resolución CNC de 14 marzo 2010, *Redsys/Redys*, Exp. C-0119/08 y Resolución CNC de 30 junio 2010, *Prisa/Telefónica/Telecinco y Telecinco/Cuatro*, Expts. acumulados C-0231/10 y C-0230/09.

⁵⁴ Véanse la descripción de la aplicación de este criterio en COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, p. 129. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf y más detalladamente en COMPETITION COMMISSION AND THE OFFICE OF FAIR TRADING, *Merger Assessment Guidelines* (OFT1524/CC2)), pp:19-65. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf

Para no alargar los plazos y poder ejecutar la adquisición, la CNMC debiera contestar en un breve plazo (la Comisión propone 15 días naturales). En ese período debiera mantenerse la obligación de suspensión de la adquisición. La CNMC podría adoptar dos tipos de decisión: autorizar la adquisición minoritaria o si considera necesario iniciar el procedimiento ordinario, solicitar a las partes una notificación ordinaria y dar comienzo así a la primera fase del procedimiento del artículo 57 LDC.

En esos 15 días la CNMC podría plantearse solicitar una remisión a la Comisión en aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones.

La propuesta de la Comisión Europea en el libro blanco otorga a la presentación de la comunicación de transparencia ciertos efectos de la notificación, en particular la obligación de ejecución de la suspensión. Pero esto no impediría alinear esta fase con el procedimiento de prenotificación previsto en el artículo 56.2 LDC con el fin de no alargar más los plazos para obtener la autorización de la CNMC⁵⁵.

32. La no adopción por parte de la LDC –o de todos los países de la UE– de la competencia para controlar las adquisiciones minoritarias que impliquen un riesgo para la competencia puede ocasionar una aplicación desigual de los sistemas de reenvío previstos en el Reglamento de concentraciones. Unos países podrían, alegando el principio de subsidiariedad, solicitar la remisión del artículo 9 y otros, en cambio, no. Igualmente, si en aplicación de las normas nacionales, una autoridad estatal no conoce de una adquisición minoritaria tampoco puede la Comisión europea atribuirse competencia en virtud de los artículos 22 y 4.5 del Reglamento.

Este fenómeno nos alejaría del reto de la creación del *espacio europeo de operaciones de concentración* definido en el libro blanco como el espacio en que sea cual sea la autoridad que controle la compatibilidad de una concentración con el mercado único se aplique el mismo texto normativo.

B) El sistema de transparencia selectivo y los mecanismos de remisión de los asuntos

33. Es necesario evaluar la incidencia que tendría la incorporación del sistema de transparencia selectivo para examinar las adquisiciones minoritarias en la UE y en España en los diversos mecanismos de remisión de asuntos entre las Autoridades Nacionales de la Competencia (ANC) y la Comisión (artículos 4, 9 y 22 del Reglamento de concentraciones).

Algunos desajustes en la aplicación de estos mecanismos derivarán si se mantienen las diferencias entre la regulación estatal de los Estados miembros y el Reglamento europeo sobre la posibilidad de controlar las adquisiciones minoritarias.

a) Supuestos de remisión previa a la notificación

34. La propuesta de la Comisión otorga a la nota informativa que las partes de la adquisición minoritaria le presentarían algunos efectos similares a la notificación formal del actual artículo 4.1 del Reglamento de concentraciones⁵⁶. El sistema de transparencia selectivo obligaría a las empresas a no ejecutar la transacción antes de la autorización europea –obligación de suspensión de la operación–. Asimismo contempla la posibilidad de que en los 15 días de plazo que la Comisión tiene para contestar tras la presentación de la nota informativa los Estados soliciten la remisión del asunto en virtud del artículo 9 del Reglamento.

35. La actual redacción del artículo 4.4 del Reglamento de concentraciones permite que las empresas intervinientes en un proyecto de concentración con dimensión comunitaria que todavía no

⁵⁵ Este procedimiento se empleó en el año 2016 en 94 de las 104 operaciones, lo que demuestra su utilidad tanto para las empresas notificantes como para la CNMC. El único inconveniente que puede reprochársele es el alargamiento de los plazos en los que se obtiene la resolución de autorización de la CNMC en el caso de que no haya servido para evitar la suspensión de los plazos con requerimientos de información una vez presentada la notificación formal. Véase, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Memoria 2016, Actuaciones 2016*, pp. 8-11 y sobre la conveniencia de este instrumento para las empresas, E. NAVARRO VARONA, “Artículo 55”, J. en J. MASSAGUER/J. FOLGUERA/J.M. SALA ARQUER/A. GUTIÉRREZ, (DIR.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, 3ª ed., 2012, pp: 916-917.

⁵⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document ...*, pp: 31 y 32.

se ha notificado a la Comisión, alegando que la operación puede afectar de manera significativa a la competencia en un mercado de un Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido, soliciten que ésta se evalúe por dicho Estado miembro⁵⁷. La aplicación de este precepto tendría resultados diferentes dependiendo de si el Estado miembro para el que se solicita el reenvío puede, en aplicación de su legislación interna, evaluar la adquisición minoritaria proyectada. En caso de que la legislación nacional del Estado en cuestión no contemplara esa posibilidad la remisión sería imposible y la aplicación del artículo 4.4 del Reglamento devendría no uniforme.

Por otro lado, la aplicación de esta norma –tal y como está redactada actualmente– supondría solicitar la remisión en un momento en el que todavía no se conoce si la Comisión considera que la transacción crea el vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia y merece la revisión en aplicación del Reglamento de concentraciones. Este inconveniente podría evitarse si la modificación normativa permitiera a las partes solicitar en el mismo escrito de la nota informativa la remisión a un Estado miembro que tuviera jurisdicción para controlar este tipo de transacciones para el caso de que la Comisión considerase la necesidad de evaluarla⁵⁸.

36. El artículo 4.5 del Reglamento, por su parte, establece la posibilidad para las empresas de solicitar la remisión, antes de la notificación formal, de los asuntos que no alcanzando los umbrales de la dimensión comunitaria (artículo 1 del Reglamento de concentraciones) tienen que ser notificados en, al menos, tres Estados miembros. En virtud de esta disposición, si uno de los Estados miembros veta en el plazo de 15 días el reenvío solicitado, el asunto no se remitirá a la Comisión⁵⁹.

En caso de producirse la reforma del Reglamento de concentraciones sin la modificación de todas las legislaciones nacionales de los Estados miembros, este mecanismo podría aplicarse únicamente, cuando la operación deba ser notificada en Alemania, Austria y Reino Unido, los tres únicos Estados miembros que otorgan a sus ANC competencia para evaluar las adquisiciones minoritarias. En este supuesto si ninguno de esos tres Estados manifiesta su disconformidad la Comisión podría tener la jurisdicción para evaluar si la operación crea esos vínculos significativos para la competencia, respetándose así el principio de la ventanilla única.

En cambio, si la transacción no debe ser notificada a alguno de tres Estados miembros sino a otros –bastaría con que uno fuera diferente a los tres mencionados–, la Comisión no podrá controlar las adquisiciones minoritarias que no alcancen los umbrales del artículo 3 del Reglamento. Estas operaciones serán sometidas únicamente al control previo de aquéllas Autoridades Nacionales cuya legislación les atribuya competencia. La diferente regulación nacional impediría así el control por una única autoridad –la ventanilla única–, aumentaría la carga administrativa para las empresas que se verían sometidas a múltiples procedimientos y se correría el riesgo de obtener decisiones contradictorias al someter la misma operación a distintas reglas. Incluso puede producirse la situación en la que una adquisición de una participación minoritaria que no otorga el control puede someterse al control previo en ciertos Estados y no en otros.

Por tanto, si en el futuro el Reglamento europeo y ciertas legislaciones nacionales someten al control de las autoridades de competencia estas operaciones y otros ordenamientos jurídicos no lo hacen pueden verse afectados los mecanismos de remisión y, por tanto la seguridad jurídica y el principio de ventanilla única.

⁵⁷ Para ello se requiere la presentación de un escrito motivado que no se puede evitar. La redacción actual ha sido interpretada por los operadores como un requisito de autoincriminación y ha podido ser disuasorio para la solicitud de este tipo de remisión a las autoridades nacionales por lo que la Comisión prevé eliminarlo y exigir exclusivamente que la concentración probablemente afectará a un mercado distinto dentro de un Estado miembro.

⁵⁸ Ni en el libro blanco ni en el documento de trabajo de la Comisión se prevé esta posibilidad.

⁵⁹ La comisión ha puesto de manifiesto la carga que supone la presentación de dos formularios para que funcione este mecanismo de remisión y que puede estar siendo desincentivador para las partes obligadas a la notificación. Ello impide las notificaciones múltiples y el pleno ejercicio del principio de la ventanilla única.

b) Supuestos de remisión después de la notificación

37. El principio de subsidiariedad requiere que los sistemas de remisión previstos también para un momento posterior a la notificación formal puedan también aplicarse para asegurar que las adquisiciones minoritarias son evaluadas por la autoridad más apropiada⁶⁰.

El reenvío previsto en el artículo 9 no podrá solicitarse desde la CNMC si la Ley española no le atribuye jurisdicción para valorar las adquisiciones minoritarias que planteen cuestiones de competencia en el mercado español siendo éste un mercado definido. Estas transacciones quedarán bajo la jurisdicción de la Comisión porque la Ley española no ha otorgado a la autoridad nacional las herramientas necesarias para mantener una competencia efectiva en el mercado geográfico nacional.

38. La remisión prevista en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones, desde una o más autoridades nacionales de competencia hacia la Comisión de las operaciones sin dimensión comunitaria que puedan afectar al comercio entre Estados Miembros será posible únicamente para los casos en los que la adquisición minoritaria debe ser notificada a la ANC en virtud de la legislación nacional.

Este sistema de atribución de casos es especialmente útil para asignar la evaluación de la operación a la Comisión cuando el mercado afectado desborda el nacional o debe ser revisado en sólo dos países. Será por tanto posible su utilización cuando la adquisición minoritaria no alcance dimensión comunitaria y deba ser notificada en dos de los tres países europeos que actualmente tienen competencia para analizarlos.

El plazo de 15 días previsto en el Reglamento para la presentación de la solicitud a la Comisión desde que la ANC tiene conocimiento de la concentración podría ser utilizado también para que la primera evaluara no sólo la conveniencia de la remisión sino si la futura adquisición minoritaria que crea un vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia requiere un análisis más profundo.

La utilización de este mecanismo de remisión puede evitar la adopción de decisiones incompatibles por las ANC competentes.

V. Conclusiones

Primera. La propuesta de la Comisión de modificar el Reglamento europeo de concentraciones para someter todas las adquisiciones potencialmente dañinas para la competencia –que crean un *vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia* entre las partes– parece necesaria para dotar a ésta de todos los mecanismos necesarios de lucha contra todas las fuentes de daño a la competencia y los consumidores.

Segunda. El principio de subsidiariedad se reforzaría con la modificación en el mismo sentido de las leyes nacionales que no permiten actualmente el control de las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control. Esta alineación de las legislaciones nacionales con la futura modificación del Reglamento de concentraciones permitiría una aplicación eficaz de los mecanismos de reenvío y garantizaría que los casos son evaluados por la autoridad más apropiada.

Tercera. La no modificación simultánea y coherente de las leyes nacionales de la competencia que no prevean el control de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan el control ocasionaría desajustes en la aplicación de los mecanismos de remisión tanto antes como después de la notificación y afectaría a la seguridad jurídica.

⁶⁰ Este mecanismo para asignar concentraciones de dimensión comunitaria parece haber funcionado adecuadamente con carácter general. La única cuestión que se ha puesto de manifiesto por parte de la Comisión es la necesidad de flexibilizar los plazos que tiene para negar el reenvío a una Autoridad Nacional en la segunda fase del procedimiento. Ahora mismo tiene 65 días laborables para otorgar el reenvío o adoptar el pliego de concreción de hechos.

Cuarta. La alineación de la LDC con la propuesta de reforma del Reglamento de concentraciones requeriría, como mínimo, la modificación de los artículos 8.1 y 55 de la ley estatal. Las teorías del daño y la experiencia de otras jurisdicciones hacen recomendable extender el control previo de la CNMC a las adquisiciones minoritarias que no suponen la adquisición del control de la empresa adquirida.

Quinta. La alineación de la regulación de la LDC con la del Reglamento de concentraciones nos acercaría al objetivo de la creación del *espacio europeo de operaciones de concentración* definido como el espacio en que sea cual sea la autoridad que evalúe una concentración se aplique el mismo texto normativo.

EL TJUE Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA DEFENSA DE SU PROPIA AUTONOMÍA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL BÁSICO

THE CJEU AND INTERNATIONAL LAW: THE DEFENCE OF ITS OWN AUTONOMY AS A BASIC CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Deusto

orcid ID: 0000-0002-8200-232X

Recibido: 06.08.2017 / Aceptado: 11.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3876>

Resumen: Este trabajo realiza un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto del Derecho internacional. Para ello, analiza los acuerdos internacionales y otras fuentes afines, la problemática derivada de los acuerdos firmados por los Estados miembros con terceros Estados, la relación entre el Derecho de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, finalmente, el valor que el Tribunal confiere al Derecho internacional general y a la Carta de Naciones Unidas. La conclusión fundamental será que el principio básico que guía la jurisprudencia del TJ es la reivindicación y protección de su propia autonomía.

Palabras clave: monismo, dualismo, pluralismo, autonomía, acuerdos mixtos, Dictamen 2/13, Dictamen 2/15.

Abstract: This paper critically analyzes the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on International law. To that end, it analyzes international agreements and other related sources, the problems arising from agreements signed by Member States with third States, the relationship between EU law and the European Convention on Human Rights, and finally the value that the Court confers on general international law and the Charter of the United Nations. The fundamental conclusion will be that the basic principle guiding the jurisprudence of the CJEU is the claim and protection of its own autonomy.

Keywords: monism, dualism, pluralism, autonomy, mixed agreements, Opinion 2/13, Opinion 2/15.

Sumario: Introducción. I. Los acuerdos internacionales concluidos por la UE y otras fuentes afines. 1. Recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE (monismo v. dualismo). 2. Los tratados internacionales en el sistema de fuentes de la UE. Especial referencia a los «acuerdos mixtos». 3. Recepción y posición en el sistema de fuentes de la UE de las decisiones adoptadas por los órganos creados por acuerdos internacionales. 4. Interpretación y control jurisdiccional de los acuerdos internacionales. II. Los acuerdos internacionales suscritos por los Estados miembros con terceros Estados. 1. Acuerdos suscritos antes de que los Tratados entraran en vigor. 2. Acuerdos suscritos después de que los Tratados entraran en vigor. III. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 1. El Convenio según Luxemburgo: la posición del CEDH en el Derecho de la UE. 2. El Derecho de la UE según Estrasburgo: la doctrina Bosphorus. 3. En busca de la estabilidad interordinamental: la adhesión de la UE al CEDH. IV. Otras fuentes de Derecho internacional en el Derecho de la UE. 1. El valor del Derecho internacional general. 2. El valor de la Carta de Naciones Unidas. V. Epílogo: “¡La UE soy yo!”.

Introducción

Este trabajo realiza un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto del Derecho internacional. Para ello, en primer lugar, comienza por el estudio de los acuerdos internacionales y otras fuentes afines, haciendo especial énfasis en la categoría denominada «acuerdos mixtos» (aquellos en cuya conclusión han de participar las instituciones de la UE y los Estados miembros). A continuación, pasará a analizar la problemática derivada de los acuerdos firmados por los Estados miembros con terceros Estados, centrándose en el sentido y alcance del artículo 351 TFUE (antiguo 307 TCE) que regula esta cuestión. Seguidamente, se detendrá en la situación específica que atañe a la relación entre el Derecho de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos para finalizar con el estudio crítico del valor que el Tribunal de Justicia da en el seno de la UE al Derecho internacional general y a la Carta de Naciones Unidas. La conclusión fundamental será que el TJ, por encima de todo, protege su autonomía como máximo intérprete (y casi dueño) del Derecho de la UE. En este sentido, este trabajo se muestra particularmente crítico con la posición adoptada por el TJ en el Dictamen 2/13 relativo a la adhesión de la UE al CEDH.

I. Los acuerdos internacionales concluidos por la UE y otras fuentes afines

1. Recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE (monismo v. dualismo)

1. La primera cuestión que surge a la hora de analizar las fuentes de origen internacional en el ámbito de la UE es la relativa a la posición que ésta mantiene con respecto a las mismas. En este punto y dado que la Unión, como en su momento las Comunidades Europeas, dispone de personalidad jurídica propia y posee un ordenamiento jurídico autónomo, el problema es análogo al que deben resolver los sistemas constitucionales nacionales, al efecto de clarificar las relaciones que se establecen entre el Derecho interno y el Derecho internacional¹.

Así, en virtud de lo previsto en el artículo 216.2 TFUE, los acuerdos internacionales suscritos por la Unión son vinculantes y obligan tanto a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros. En efecto, las cláusulas de dichos acuerdos forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión desde el mismo momento de su entrada en vigor. En este sentido, se expresó el TJUE en la sentencia *Haegeman*, en la que afirmó que «a partir de la entrada en vigor del Acuerdo, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario»².

2. Tanto el artículo 216 como esa jurisprudencia del Tribunal parecen acomodarse con el modelo llamado «monista», de forma que no es necesario ningún tipo de acto formal de transposición de los acuerdos celebrados por la Unión para que éstos se conviertan en normas propias del Derecho de la Unión³.

¹ Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, STJ 5 febrero 1963, ECLI:EU:C:1963:1. Sobre las implicaciones de este revolucionario asunto *vide* B. DE WITTE, «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», P. CRAIG / G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213. Sobre el problema clásico de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, *vide* I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003 y J. P., JACQUÉ, «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Vol. 60, 2007, pp. 3-37.

² Asunto 181/73, *Haegeman*, STJ 30 abril 1974, ECLI:EU:C:1974:41, apartado 5; J. Díez-HOCHTLEITNER RODRÍGUEZ, *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

³ El debate monismo vs. dualismo ha monopolizado las discusiones de la doctrina sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional, así, para una primera toma de posiciones, *vide* H. TRIEPEL, «Les rapports entre le Droit interne et le Droit international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 1 (1923), 1925, 73-121 y H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1907 (primera publicación en 1899), para la aproximación dualista, y J. L. KUNZ, «La primauté du droit des gens», *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, Vol. VI, 1925, 556-598 y H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 14 (1926), 1926, pp. 227-332, para el modelo monista. Igualmente, *vide* J. G. STARKE, «Monism and Dualism in the Theory of International Law», *British Yearbook of International Law*, Vol. XVII, 1936, pp. 66-81.

Igualmente, los acuerdos suscritos por los Estados miembros tienen fuerza vinculante siempre que la Unión haya asumido en virtud de los Tratados la competencia previamente ejercida por los Estados en el ámbito en el que resulte de aplicación ese tratado internacional. Esto es lo que sucedió con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en inglés, *GATT*), puesto que las competencias relacionadas con la aplicación de dicho pacto fueron conferidas a la Comunidad por el Tratado de la Comunidad Europea⁴. En este sentido, los acuerdos firmados por los Estados miembros son vinculantes para la Unión si los Tratados prevén expresamente que la Unión debe ejercer sus competencias conforme a dichos pactos o acuerdos. Así, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto del Refugiado obligarían a la Unión en materia de la política de asilo, tal y como se desprende del artículo 78.1 TFUE⁵.

3. La Unión Europea parece, pues, abrazar un enfoque monista en su concepción del Derecho internacional. La razón primigenia estaría relacionada con el hecho mismo de que tanto las Comunidades, en su día, como la UE en la actualidad, son criaturas del Derecho internacional. Además, la UE siempre hace gala de que quiere contribuir con la buena marcha de las relaciones internacionales a través del respeto al Estado de Derecho y al Derecho internacional. Cual «buen ciudadano internacional» que respeta dicho ordenamiento y considera que las relaciones internacionales sólo pueden construirse desde el respeto de esas normas⁶. Esta concepción pareciera partir de la base de que el Derecho internacional es siempre «bueno», solo por haberse aprobado siguiendo los procedimientos internacionales, por Estados y organizaciones que persiguen la paz, la concordia y el respeto de los derechos humanos. Esta visión, acaso congruente con la concepción inicial de la CE/UE, experimentó un cambio sustancial cuando la UE alcanzó un grado de desarrollo equiparable en muchos aspectos al de los Estados y se encontró con un dilema que viene persiguiendo desde hace décadas a los Estados: que en algunos casos, si se aplicase directamente el Derecho internacional, respetando así los acuerdos y compromisos internacionales (conforme a una concepción monista clásica) pudiese llegarse a perjudicar a los ciudadanos nacionales expuestos a la aplicación de sanciones internacionales que, de haber sido aprobadas en el seno del Estado, o no habrían sido tan limitadoras de sus derechos o, quizá, simplemente no habrían existido. Ante esta tesitura, si se optase por proteger a los ciudadanos (adoptando una perspectiva a veces tachada de ‘nacionalista’ o ‘anti internacionalista’), se incumplirían quizá los compromisos internacionales (avanzando hacia una concepción más bien dualista). Esta situación, de insatisfactoria alternativa, guarda relación con las insuficiencias y carencias propias de un Derecho internacional que, en lo sustancial, sigue estando caracterizado por la complejidad de los sistemas de aprobación de sus normas y actos, de la ausencia de garantías propias de la tutela judicial efectiva y por los problemas derivados de la ausencia de valores totalmente universalizados que, en buena medida, explica su tendencia a la fragmentación⁷.

4. De la misma forma, el Tribunal de Justicia ha garantizado que la conducta externa de la UE respeta plenamente sus obligaciones derivadas del Derecho internacional⁸. El Tribunal incluso condiciona la validez de la legislación derivada hasta el punto de que las competencias de la UE «deben ser ejercidas respetando el Derecho internacional y que, por consiguiente, (...) [la disposición reglamentaria

⁴ W. SCHROEDER / M. SELMAYR, «Die EG, das GATT und die Vollzugslehre», *Juristenzeitung*, Heft 7, 1998, pp. 344-349; C. TOMUSCHAT, «Artikel 281», H. VON DER GROEBEN / J. SCHWARZE (Hrsg.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar*, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2004, párrafos 53-70.

⁵ K. LENAERTS / P. VAN NUFFEL / R. BRAY, *European Union Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2011, p. 862.

⁶ T. DUNNE, «Good citizen Europe», *International Affairs*, Vol. 84/1, 2008, pp. 13-28.

⁷ B. SIMMA, «Self-Contained Regimes», *Netherlands Yearbook of International Law (NYIL)*, Vol. XVI, 1985, pp. 111-136; B. SIMMA / D. PULKOWSKI, «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law», *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 17/3, 2006, pp. 486-487 (483-529); M. KOSKENNIEMI / P. LEINO, «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, Vol. 15, 2002, pp. 554-556 (553-579) y L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales. Las constituciones de entonces ya no son las mismas*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 475-488.

⁸ En este sentido, *vide* los asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company y otros vs. Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJ 12 diciembre 1972, ECLI:EU:C:1972:115, párrafo 6.

recurrida] debe interpretarse, y su ámbito de aplicación circunscribirse, a la luz de las correspondientes normas de Derecho internacional del mar»⁹.

Poco a poco el Tribunal de Justicia ha ido empleando de manera progresiva referencias al Derecho internacional consuetudinario de forma que se le reconoce como fuente autónoma del Derecho en ese ordenamiento jurídico autónomo que es el de la UE¹⁰. También es interesante recordar la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en la que este tribunal estableció que las organizaciones internacionales están limitadas en su actuación por el Derecho internacional tal y como lo está cualquier otro sujeto de derecho internacional. Tal y como dijo la Corte con sede en La Haya «la organización internacional es sujeto de Derecho internacional y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales de Derecho internacional»¹¹.

Así pues, la razón de que el Tribunal de Justicia condicione la validez del Derecho de la UE al respeto a las obligaciones internacionales está lejos de constituir un mero gesto de deferencia por parte de la Alta instancia de Luxemburgo. Antes bien, se trata de obligación jurídica que hay que respetar para no incurrir en responsabilidad internacional¹².

5. No obstante lo anterior, para garantizar la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE en el complejo escenario de la interrelación obligada entre el Derecho internacional, el propio Derecho de la UE y los Derechos nacionales de los Estados miembros, el Tribunal ha desarrollado una extensa y elaborada construcción en relación con su competencia de control de legalidad¹³. En su principal decisión sobre el tema, el dictamen 1/75, el Tribunal estableció que su competencia jurisdiccional le permitía declarar nulo el acto mediante el que se concluía un acuerdo internacional razonando que «la cuestión de saber si la conclusión de un acuerdo determinado está dentro de las competencias de la Comunidad y si, llegado el caso, esas competencias han sido ejercidas conforme a las disposiciones del tratado son, en principio, cuestiones que deben sometidas al Tribunal, ya directamente (...), ya a través de la cuestión prejudicial»¹⁴.

Es interesante contrastar esta pronta jurisprudencia con la afirmación, veinte años después, del Abogado General, Sr. Tesauro, según el cual el TJ no excluye la posibilidad de contestar directamente la validez de un acuerdo¹⁵. Así, algunos autores son partidarios de esta visión y han destacado que las singularidades del ordenamiento de la UE invisten a la Unión de unas competencias institucionales únicas que tendrían como consecuencia que la norma general de Derecho internacional no se aplicaría tal y como está recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, hecha en Viena el 21 marzo 1986¹⁶. Dicha disposición establece que «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

Sin embargo, la concepción del TJ sobre papel del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico comunitario ha sido criticada por la doctrina internacionalista que ha llegado a caracterizar esta

⁹ Asunto C-286/90, *Anklagemindigheden vs. Poulsen and Diva Navigation*, STJ 24 noviembre 1992, ECLI:EU:C:1992:453, párrafo 9.

¹⁰ C. TIMMERMANS, «The EU and Public International Law», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 4, 1999, pp. 181-194

¹¹ *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 20 diciembre 1980, pp. 89-90, §37.

¹² Asunto C-327/91, *Francia vs. Comisión*, STJ 9 agosto 1994, párrafo 25. ECLI:EU:C:1994:305.

¹³ Vide J. Díez-Hochtleitner Rodríguez, *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, especialmente, pp. 97-146.

¹⁴ Dictamen 1/75, *Projet de rapport au Conseil de l'OCDE sur l'arrangement concernant une norme pour les dépenses locales*, 11 noviembre 1975. ECLI:EU:C:1975:145.

¹⁵ Vide las conclusiones del Abogado General, Sr. Tesauro, en el asunto C-327/91, *Francia vs. Comisión*, STJ 9 agosto 1994, *op. cit.*, presentadas el 16 diciembre 1993, párrafo 9. ECLI:EU:C:1993:941.

¹⁶ Vide la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, hecho en Viena el 21 marzo 1986, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, Vienna, 18 February-21 March 1986, Vol. II, Documents of the Conference (United Nations publication, Sales No. 94.V.5), U.N. Doc. A/CONF.129/15. Sobre esta cuestión, vide D. Simon, «Les fondements de l'autonomie du droit communautaire», VV. AA., *Droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, Pedone, Paris, 2000, pp. 207-249.

percepción del Tribunal de «solipsista» e incluso «imperialista», derivada de una actitud eurocéntrica¹⁷. Así pues, de acuerdo con esta opinión, el Tribunal entendería el ordenamiento jurídico de la UE no sólo como un ordenamiento autónomo e independiente sino como un sistema encerrado en sí mismo y herméticamente cerrado en el que las obligaciones internacionales que tendría que cumplir la Unión están condicionadas a cumplir el Derecho primario de la UE.

6. Pues bien, la situación descrita, que ha venido produciéndose en las últimas décadas (sobre todo con obligaciones derivadas del Derecho –entonces– comunitario que podían resultar incompatibles con las garantías constitucionales de los Estados miembros, con lo que las autoridades nacionales se enfrentaban al incumplimiento o bien del Derecho comunitario o bien de su propia Constitución -la saga *Solange* del Tribunal Constitucional federal alemán es un buen ejemplo de eso-) se habría presentado, también, al propio Tribunal de Justicia. Así, la clara e invariable posición del TJ, de clara adscripción monista, según el cual el Derecho de la CE/UE prima en todo caso sobre el nacional y las autoridades nacionales tienen la obligación de aplicarlo directamente sin acudir a procedimientos adicionales ni dejar en suspenso sus disposiciones hubo de replantearse en la famosa saga *Kadi*¹⁸.

En este caso, el Tribunal de Justicia analizaba la compatibilidad de unos reglamentos comunitarios que directamente aplicaban una ‘sanción inteligente’ (dirigida a un particular) del Consejo de Seguridad de la ONU. El asunto, ciertamente complejo, ha dado ocasión al Tribunal de pronunciarse hasta en cuatro ocasiones (la última y definitiva en 2013). El Tribunal de Justicia se encontraba ante el siguiente dilema: si aplicaba directamente la sanción del Consejo de Seguridad (guiado de una concepción básicamente monista) respetando así el Derecho internacional postergaba las garantías procesales mínimas exigidas en el ordenamiento del que es guardián (el Sr. *Kadi* argumentaba que no había tenido derecho a recurrir la sanción ni a aportar pruebas en su defensa, y que el Consejo de Seguridad de la ONU lo sancionó sin haberlo ‘oído’). Por el contrario, si se declaraba inaplicable la sanción del Consejo de Seguridad, otorgando al ciudadano las garantías mínimas que exige en su propio ordenamiento pero ponía en entredicho las obligaciones internacionales de la UE y, con ello, su imagen de «buen ciudadano internacional», acercándose, sin decirlo, a ese enfoque de cariz dualista que siempre ha criticado en los Estados miembros. Finalmente, el Tribunal optó por declarar inaplicable esa sanción, dando entrada al respeto de un estándar mínimo en materia de derechos fundamentales. Lo hizo, sin embargo, intentando que no pareciese que se estaban incumpliendo las obligaciones derivadas del Derecho internacional (declarando ilegal el reglamento comunitario que simplemente transcribía, sin margen de apreciación, la sanción del Consejo de Seguridad), de manera similar a como los Estados han intentado capear en ocasiones problemas análogos (normas comunitarias que no resultarían totalmente compatibles con el estándar mínimo de sus respectivas constituciones nacionales). Sobre esta cuestión se volverá más adelante al analizar el impacto de la Carta de la ONU en el Derecho de la UE.

¹⁷ M. KOSKENNIEMI, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1/1, 2007, pp. 1-18, especialmente, p. 2, donde emplea estos dos adjetivos que toma de Kelsen. Igualmente, vide A. PELLET, «Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire», *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. V/2, 1997, pp. 193-271.

¹⁸ Aunque la saga judicial *Kadi* incluye diversos asuntos ante el Tribunal de Justicia, cuando la doctrina se refiere a esta sentencia, generalmente alude a los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ (Gran Sala) 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461]. La saga completa es la siguiente: asunto T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI (Sala Segunda ampliada) 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:331] y asunto T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI (Sala Segunda ampliada) 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332]; asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ (Gran Sala) 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461]; asunto T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi contra Comisión Europea*, STG (Sala Séptima) 30 septiembre 2010 [ECLI:EU:T:2010:418]; asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión Europea y otros contra Yassin Abdullah Kadi*, STJ (Gran Sala) 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518]. Sobre esta cuestión, vide especialmente L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., pp. 368-401 y L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 197-231.

7. En conclusión, el modelo que sigue la UE podría calificarse como ‘monista moderado’ o ‘monista atenuado’¹⁹. Es decir, monista, a condición de que el Derecho internacional no viole el estándar mínimo de derechos garantizados en el marco de los Tratados (incluyendo la Carta), cuya salvaguarda compete al Tribunal de Justicia. Una posición que, desde el punto de vista dogmático, no se aleja mucho de lo establecido por otros «supremos intérpretes»; así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español (DTC 1/2004) en lo relativo a las relaciones ‘Derecho de la UE / Derecho constitucional nacional’²⁰.

2. Los tratados internacionales en el sistema de fuentes de la UE. Especial referencia a los «acuerdos mixtos»

8. Una vez resuelta esta primera cuestión, se hace necesario abordar la relativa a la posición que ocuparían estas fuentes internacionales en el ordenamiento jurídico de la Unión. En este punto, son dos las disposiciones de los Tratados que nos aportan información relevante. Por un lado, el artículo 218.11 TFUE prevé un mecanismo en virtud del cual un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá concluirse, ni entrar en vigor, salvo modificación de éste o previa revisión de los Tratados (ejemplo de esta situación sería la censura por parte del Tribunal del proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Dictamen 2/13, 18 diciembre 2014)²¹. En consecuencia, cabe entender que el Derecho primario se encuentra en una posición de supremacía a los acuerdos internacionales que vaya a firmar la Unión Europea. Por lo demás, es el propio artículo 218 TFUE junto con el artículo 216.2 TFUE el que, al establecer el sistema de incorporación y la propia posición jerárquica de los acuerdos internacionales, implícitamente otorgaría a los Tratados originarios la supremacía última. Es decir, si los Tratados constitutivos regulan la cuestión de la posición jerárquica del Derecho internacional, en última instancia se garantizarían la supremacía sobre cualquier otra norma, al igual que hacen todos los ordenamientos jurídicos de rango constitucional (el asunto *Kadi* –que se analizará más adelante– sería un buen ejemplo de esta cuestión y, en el caso español, la propia DTC 1/2004²²).

Por otro lado, el propio artículo 216.2 TFUE, al afirmar que los acuerdos concluidos por la Unión vinculan a las instituciones de ésta, deja claro que esos acuerdos ocupan una posición superior al llamado Derecho derivado autónomo, el adoptado por las instituciones de la Unión²³. Esta posición de los acuerdos suscritos por la Unión sobre el Derecho derivado supone que el Derecho emanado de las instituciones debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos internacionales y no al revés. En efecto, «cuando un texto de Derecho comunitario derivado exige una interpretación, debe interpretarse, en la medida de lo posible, en un sentido conforme con las disposiciones del Tratado. Un Reglamento de ejecución debe asimismo ser objeto, si es posible, de una interpretación conforme con las disposiciones del Reglamento de base»²⁴. Del mismo modo, «la primacía de los Acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos Acuerdos»²⁵.

Como se ha avanzado antes, los acuerdos firmados por la Unión vinculan a las instituciones de la Unión pero también a los Estados miembros (artículo 216.2 TFUE). Este segundo inciso implica que las

¹⁹ L. I. GORDILLO PÉREZ, «Hacia la consolidación de un constitucionalismo interordinamental», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 275-328.

²⁰ Sobre esta cuestión, vide P. PÉREZ TREMP, «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista española de derecho europeo*, núm. 29, 2009, pp. 19-48.

²¹ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

²² Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. «BOE» núm. 3, de 4 de enero de 2005, pp. 5 - 21.

²³ Asunto C-311/04, *Algemene Scheeps*, STJ 12 enero 2006, párrafo 25, ECLI:EU:C:2006:23; Asunto C-308/06, *Inter-tanko*, STJ 3 junio 2008, párrafo 42, ECLI:EU:C:2008:312, entre otras.

²⁴ Véase la sentencia de 24 de junio de 1993, *Dr. Trepper*, C-90/92, Rec. p. I-3569, apartado 11, ECLI:EU:C:1993:264.

²⁵ Asunto C-61/94, *Comisión v. Alemania*, STJ 10 septiembre 1996, párrafo 52, ECLI:EU:C:1996:313.

disposiciones de dichos convenios prevalecerían sobre el Derecho nacional²⁶. De este modo, los Estados miembros, para dar cumplimiento al Derecho de la Unión, deben aplicar las normas nacionales, en la medida de lo posible, a la luz del sentido literal y de la finalidad de dichos acuerdos. En este contexto, la labor de supervisión que ejerce la Comisión en tanto que «guardiana» del Derecho de la UE incluirá el asegurarse de que los Estados miembros aplican su propio Derecho nacional de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por la Unión. No obstante, como recuerda la doctrina más autorizada²⁷, en la práctica sería muy excepcional que el Tribunal de Justicia concluyese que una disposición nacional es incompatible con un acuerdo firmado por la UE, como, por lo demás, tampoco es habitual que se declare un acto de Derecho derivado incompatible con uno de estos acuerdos²⁸.

9. Otro de los aspectos que es necesario analizar es el del posible efecto directo de los acuerdos internacionales, es decir, hasta qué punto se pueden alegar válidamente ante un tribunal una disposición de un acuerdo internacional suscrito por la Unión. En este punto, hay que recurrir a las normas clásicas de Derecho internacional, según las cuales el efecto directo no sería la regla general, sino que habría que realizar un examen particular en cada caso concreto²⁹.

Así, para que en los procedimientos judiciales los individuos puedan ampararse en una disposición de un acuerdo firmado por la Unión es necesario que la misma tenga efecto directo³⁰. Los firmantes del acuerdo pueden haber establecido el efecto directo de todas o algunas disposiciones. En defecto de esta previsión, el Tribunal ha establecido que en estos casos, una disposición como la descrita «debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno»³¹. Es decir, para que una disposición de un acuerdo suscrito por la Unión tenga efecto directo debe cumplir con los requisitos generales establecidos para que una norma tenga efecto directo y, además, dicho efecto directo ha de ser compatible con la finalidad y la naturaleza del acuerdo en cuestión o, en palabras, del Tribunal «deben ponderarse simultáneamente, el espíritu, el sistema y los términos» del Acuerdo en cuestión³².

10. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia ha reconocido efecto directo a las disposiciones de acuerdos de asociación suscritos por la Unión (bien que con Estados que han acabado siendo miembros de la UE), acuerdos de cooperación (con Marruecos, Turquía, Túnez o Argelia, entre otros³³) y a algún acuerdo de libre comercio (con Portugal, antes de su ingreso). La cuestión más compleja ha sido la del posible efecto directo de las disposiciones del GATT y, posteriormente, de la OMC³⁴.

El reconocimiento de efecto directo a estas disposiciones podría provocar algún tipo de antinomia en el seno del ordenamiento jurídico de la UE. En estos casos, prevalecería la disposición del acuerdo internacional siempre y cuando tenga efecto directo. Así, un pacto internacional que sea vinculante para la Unión y los Estados miembros podría ser empleado como parámetro de validez de la legislación de la Unión (siempre y cuando se reconozca a sus disposiciones efecto directo)³⁵. A modo de ejemplo, el Tribunal de Justicia ha reconocido efecto directo en estos términos, entre otros, al Convenio de Montreal

²⁶ Asunto C-104/81, *Kupferberg*, STJ 26 octubre 1982, párrafos 11-14, ECLI:EU:C:1982:362.

²⁷ K. LENAERTS; P. VAN NUFFEL; R. BRAY, *European Union Law*, op. cit., pp. 861-884.

²⁸ Asunto T-115/94, *Opel Austria v. Consejo*, STPI 22 enero 1997, ECLI:EU:T:1997:3.

²⁹ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 7e ed., Dalloz, Paris, 2012, pp. 604-606.

³⁰ Sobre esta cuestión, vide L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit., especialmente, pp. 48-54.

³¹ Asunto C-12/86, *Demirel*, STJ 30 septiembre 1987, párrafo 14, ECLI:EU:C:1987:400.

³² Asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company*, STJ 12 diciembre 1972, párrafo 8, ECLI:EU:C:1972:115.

³³ Véase el asunto C-18/90, *Office national de l'emploi v. Kziber*, STJ 31 enero 1991, párrafos 21-23, ECLI:EU:C:1991:36.

³⁴ Sobre esta cuestión, en general, vide N. ARRIOLA ECHÁNIZ, *La convergencia de dos sistemas de integración: las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2017.

³⁵ A. LÓPEZ CASTILLO, «Constitución y constitucionalización en la Europa de entre siglos», J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA / G. JÁUREGUI BERECIARTU, (coords.), *Derecho constitucional europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 113-153; A. VON BOGDANDY, «Pluralism, direct effect and the ultimate Say: On the relationship between international and domestic constitutional Law», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3-4, July-december, 2008, pp. 397-413.

sobre la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional³⁶ y lo ha descartado en el caso del acuerdo GATT/OMC³⁷ y en el de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar³⁸.

11. En otro orden de cosas, hay que hacer referencia a una categoría específica de tratados que la doctrina ha bautizado con el nombre de «acuerdos mixtos». Como ya se ha dicho, la Unión puede concluir acuerdos internacionales con terceros en aquellas materias en las que sea competente. Sin embargo, dado que las competencias exclusivas de la Unión son escasas, puede ocurrir con frecuencia que se revele necesario que un tratado sea firmado tanto por los Estados miembros como por la Unión, al cubrir ámbitos competencias en manos de ambos actores. A estos acuerdos se les denomina «acuerdos mixtos».

Son varios los problemas que este tipo de acuerdo implican: la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros, la negociación de los mismos, la determinación de la potencial responsabilidad internacional de una u otros. En este sentido, el TJUE viene exigiendo que se garantice una estrecha cooperación entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión, tanto en el proceso de negociación y de celebración de los mismos como en la ejecución de los compromisos contraídos³⁹. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ha declarado que los acuerdos mixtos celebrados por la Unión (antes “Comunidad”), sus Estados miembros y países terceros tienen el mismo estatuto jurídico que los acuerdos puramente “comunitarios”, ya que se trata de disposiciones que son de la competencia de la Unión⁴⁰.

Por otro lado, la doctrina que ha analizado la actitud del Tribunal frente a los acuerdos mixtos ha observado que el mismo reconocería dos tipos de acuerdos mixtos: los opcionales (*facultative mixity*) y los obligatorios (*obligatory mixity*)⁴¹. Dicha distinción, a su vez, descansaría en una división entre competencias paralelas y compartidas (entre los Estados miembros y la propia UE). Así, en aquellas áreas en las que la UE tiene competencias que no son exclusivas pero tampoco existe una reserva específica a favor de los Estados, estaríamos ante un caso de *facultative mixity* (el ejemplo serían los tratados sobre medio ambiente). Los casos de *obligatory mixity* tienen que ver con la obligación de participación de la UE y los Estados miembros ya que existe una reserva específica a favor de los Estados, con lo que nos encontramos en supuestos de competencias claramente compartidas (el caso típico es el de la Convención sobre Derecho del Mar). La diferencia práctica entre ambos consiste en que en el primer caso (*facultative mixity*), al referirse el acuerdo a una competencia paralela (o concurrente, es decir, no atribuida de manera excluyente a los Estados o la UE), existe una decisión política sobre si procede o no involucrar a los Estados miembros desde el principio⁴². Lo cierto es que este tipo de acuerdos son habituales y suele haber una razón práctica para hacerlo, asegurándose así un desarrollo pacífico de la negociación, ratificación y posterior implementación. Pero, en todo caso, corresponde al Tribunal de Justicia establecer los límites y establecer si la participación de un Estado era o no obligatoria. Así, en el caso *Portugal v. Consejo* (C-268/94), el Tribunal interpretó la competencia de la UE en el ámbito de la cooperación al desarrollo de manera tan amplia que concluyó, contrariamente a lo que alegaba Portugal, que no era necesaria la participación de los Estados miembros en el supuesto analizado⁴³.

³⁶ Asunto C-344/04, *IATA*, STJ 10 enero 2006, párrafo 39, ECLI:EU:C:2006:10.

³⁷ Asunto C-280/93, *Alemania v. Comisión*, STJ 5 octubre 1994, párrafo 109, ECLI:EU:C:1994:367, para el GATT y asunto C-149/96, *Portugal v. Consejo*, STJ 23 noviembre 1999, párrafo 47, ECLI:EU:C:1999:574, para la OMC.

³⁸ Asunto C-308/06, *Intertanko*, *op. cit.*

³⁹ Asunto C-28/12, *Comisión vs. Consejo*, STJ 28 abril 2015, apartado 54, ECLI:EU:C:2015:282.

⁴⁰ Asunto C-12/86, *Demirel*, *op. cit.*

⁴¹ Normalmente, se atribuye esta primera distinción al hoy juez del Tribunal de Justicia A. ROSAS. Así, *vide*, A. ROSAS, «Mixed Union – Mixed Agreements», M. KOSKENNIEMI (Ed.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer, The Hague, 1998, pp. 125-148; A. ROSAS, «The European Union and mixed agreements», A. DASHWOOD / Ch. HILLION, *The General Law of E.C. External Relations*, Sweet & Maxwell, London, 2000, pp. 216-237; A. ROSAS, «The Future of Mixity», Ch. HILLION / P. KOUTRAKOS, *Mixed Agreements Revisited. The EU and its Member States in the World*, Hart, Oxford, 2010, pp. 367-374.

⁴² R. LEAL ARCAS, «The European Community and Mixed Agreements», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 6, 2001, pp. 488-496 (483-513).

⁴³ Asunto C-268/94, *Portugal vs. Consejo*, STJ 3 diciembre 1996, ECLI:EU:C:1996:461. Sobre esta cuestión, *vide* S. PEERS, «Case C-268/94, Portugal v. Council, (development policy), [1996] ECR I-6177 (Full Court)», *Common Market Law Review*, Vol. 35/2, 1998, pp. 539-555; T. LOCK, *The European Court of Justice and International Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, especialmente, pp. 97-100.

12. Finalmente, en fecha muy reciente el TJ se ha mostrado particularmente celoso en cuanto al procedimiento a seguir en los casos de acuerdos de libre comercio bilateral «de nueva generación», a los que ha incluido dentro de la categoría de acuerdos mixtos. Tal y como ha apuntado el Parlamento Europeo en sus observaciones a propósito del reciente dictamen 2/15 (Acuerdo de libre comercio UE/Singapur), un acuerdo de libre comercio bilateral “de nueva generación” es aquel «que, además de las disposiciones tradicionales relativas a la reducción de los derechos de aduana y de los obstáculos no arancelarios que afectan al comercio de mercancías y de servicios, contiene disposiciones en diversas materias vinculadas al comercio, como la protección de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones, la contratación pública, la competencia y el desarrollo sostenible»⁴⁴. De este modo, en este reciente dictamen, la Alta instancia de Luxemburgo ha reafirmado que cuando algunas de las disposiciones que integren el acuerdo sean de competencia compartida (Estados y UE), además de la Unión, todos los Estados miembros deberán «firmar y celebrar» el tratado, es decir, todos los Estados deben participar en la firma y habrán de ratificar el mismo texto de acuerdo con sus disposiciones constitucionales internas⁴⁵.

3. Recepción y posición en el sistema de fuentes de la UE de las decisiones adoptadas por los órganos creados por acuerdos internacionales.

13. El Tribunal de Justicia no solo ha reconocido la fuerza vinculante y el posible efecto directo de los acuerdos internacionales suscritos por la Unión, sino que también lo ha hecho respecto de las decisiones adoptadas por las instituciones creadas por el acuerdo que son responsables de implementarlo. Así, en el Dictamen 1/91⁴⁶ (*sobre el Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo*), se estableció que «cuando un Acuerdo internacional prevé un sistema jurisdiccional propio que comprende un órgano jurisdiccional competente para resolver las controversias entre las partes contratantes del Acuerdo y, por consiguiente, para interpretar las disposiciones de éste, las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional vinculan a las Instituciones de la Comunidad, incluido este Tribunal de Justicia. Tales resoluciones se imponen asimismo cuando este Tribunal de Justicia deba pronunciarse, con carácter prejudicial o en el marco de un recurso directo, sobre la interpretación del Acuerdo internacional, por cuanto que este último forma parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario»⁴⁷.

14. En cuanto al posible efecto directo de tales decisiones, es necesario que satisfagan los mismos requisitos que los aplicables a las disposiciones del propio acuerdo⁴⁸. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha determinado que numerosas disposiciones de decisiones del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo entre la, entonces, Comunidad Económica Europea y Turquía tienen efecto directo, con lo que, en esencia, ha descartado el efecto directo de aquellas decisiones que requieren de ulteriores medidas de implementación o aquellas que simplemente animaban a las partes a adoptar medidas⁴⁹.

⁴⁴ Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, 16 mayo 2017, ECLI:EU:C:2017:376, párrafo 17. Para un comentario sobre este dictamen, *vide* J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57, 2017, pp. 403-429.

⁴⁵ *Ibidem*, párrafos 244 y 292. La expresión «firmar y celebrar» ha sido empleada por la Comisión en la solicitud de dictamen (párrafos 1, 12 y 30 del Dictamen 2/15) y abarcaría el proceso completo de firma, ratificación y adopción de las medidas necesarias para la entrada en vigor de un Tratado internacional.

⁴⁶ Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia, 14 diciembre 1991, ECLI:EU:C:1991:490.

⁴⁷ En esa línea, *vide* Dictamen 1/00 del Tribunal de Justicia, 18 abril 2002, ECLI:EU:C:2002:231; y, asimismo, Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia, 8 marzo 2011, ECLI:EU:C:2011:123.

⁴⁸ Asunto C-192/89, *Sevince v. Staatssecretaris van Justitie*, STJ 20 septiembre 1990, párrafo 14, ECLI:EU:C:1990:322. Sobre este caso, *vide* P. GILSDORF, «Les organes institués par des accords communautaires: effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89», *Revue du Marché Commun*, n. 357 (avril), 1992, pp. 328-338.

⁴⁹ Asunto C-192/89, *Sevince, op. cit.*, párrafos 17-26 o asunto C-237/91, *Kazim Kus vs. Landeshauptstadt Wiesbaden*, STJ 16 de diciembre de 1992, ECLI:EU:C:1992:527, párrafos 27-36. Para una recopilación de casos, *vide* K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, R. BRAY, *European Union Law, op. cit.*, p. 867 (nota 261).

En este supuesto, la cuestión más espinosa es la ya conocida del efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del GATT y luego de la OMC. El Tribunal rechazó al principio otorgar efecto directo a las propias normas del GATT debido a su flexibilidad y al carácter incompleto del sistema de solución de diferencias⁵⁰. El Tribunal igualmente estimó que un Estado miembro no podía invocar las disposiciones del GATT para cuestionar la legalidad de determinadas disposiciones del Reglamento⁵¹. En el caso de la OMC, el Tribunal ha establecido que el sistema de solución de diferencias aún dejaba un amplio margen de maniobra a la negociación incluso después de haber constatado una violación. En este contexto, admitir el efecto directo automático de las decisiones de la OMC, desplazando actos y normas de la UE, podría ser interpretado como una usurpación de competencias de las instituciones por parte del juzgador. Así opina la doctrina más autorizada, quien añade que en tanto que muchos miembros de la OMC han excluido el efecto directo automático de las disposiciones de los acuerdos (y por tanto, también de los actos de aplicación, que en este caso serían las decisiones en el procedimiento de solución de diferencias), y dado que la OMC se fundamenta en la reciprocidad entre sus miembros, reconocer este efecto directo unilateralmente por parte de la UE mientras que otros socios no lo hacen, colocaría a la Unión en una posición difícilmente sostenible⁵².

15. Finalmente, al igual que se aplica la regla general relativa a la validez de los acuerdos que vinculan a la UE, sería también de aplicación la excepción establecida por el Tribunal en *Kadi*, es decir, no cabría reconocer efectos en la UE a las decisiones de los organismos internacionales que violasen los principios constitucionales establecidos por los tratados constitutivos. La regla general casa, por tanto, con el enfoque tradicional de la CE/UE favorable a la apertura al Derecho internacional. No obstante, a medida que la propia Unión va evolucionando, se observa un celo cada vez mayor por parte del Tribunal de Justicia en tanto que guardián último de la autonomía del Derecho de la UE. Así, cabe recordar el reciente caso del Dictamen 2/13⁵³ (sobre la adhesión de la UE al CEDH) en el que el Tribunal censuró, especialmente, aquellas disposiciones del proyecto de acuerdo de adhesión que, en términos generales, otorgaban la última palabra en materia de interpretación de derechos al Tribunal de Estrasburgo, cuestionando su papel como instancia última de control del Derecho de la UE⁵⁴.

4. Interpretación y control jurisdiccional de los acuerdos internacionales

16. El Tribunal de Justicia acepta la validez interna de los acuerdos firmados por la UE, e incluso su primacía, porque existe la posibilidad de realizar un control tanto preventivo como sucesivo de su conformidad con el «Derecho constitucional de la UE» (en este momento, la Carta de Derechos, el TUE-L y el TFUE). Así, en cuanto al control preventivo, el artículo 218.11 TFUE, con un sentido no muy distante del artículo 95 de la Constitución español, dispone que «[u]n Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados». De este modo, cabe la posibilidad de solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia antes de que el acuerdo internacional entre en vigor (por ejemplo, el reciente Dictamen 2/13, sobre la adhesión de la UE al CEDH, por ejemplo). Este tipo de control preventivo es el más deseable en orden a evitar futuras antinomias y posibles casos de responsabilidad internacional⁵⁵.

⁵⁰ Asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company*, *op. cit.*, párrafos 21-27.

⁵¹ Asunto C-280/93, *Alemania v. Comisión*, *op. cit.*, párrafos 103-112. Sobre esta cuestión, *vide* S. PEERS, «WTO dispute settlement and Community law», *European Law Review*, Vol. 25/5, 2001, pp. 605-615.

⁵² J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 605.

⁵³ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁵⁴ L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, *op. cit.*, pp. 197-231.

⁵⁵ M. MÉNDEZ, «Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15/1, 2017, pp. 105-108 (84-109).

17. La siguiente cuestión sería la relativa a si es posible llevar a cabo un control sucesivo de normas internacionales (algo similar a lo que plantea el artículo 27.2 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español⁵⁶, que permite el control sucesivo de los Tratados internacionales). Ya se ha visto cómo el Tribunal de Justicia ha reconocido en *Kadi* su propia competencia para realizar un control de validez de decisiones emanadas de organismos internacionales que atentan contra los principios constitucionales del Derecho originario, de forma similar a como se practica lo que en términos constitucionales sería un control incidental. Ahora bien, ¿sería posible llevar a cabo un control objetivo de un acuerdo que ya está en vigor? El Tribunal resolvió esta cuestión permitiendo plantear un recurso de anulación, al amparo del actual artículo 263 TFUE, contra el acto en virtud del cual las instituciones de la Unión decidieron concluir el acuerdo internacional⁵⁷. Ahora bien, la posible anulación de este acto podría colocar a la Unión Europea en una situación en la que incurriría en responsabilidad internacional⁵⁸. Por ello, como algún autor había apuntado, y en tanto que la anulación del acto de autorización de la firma del acuerdo no liberaría a la Unión de sus responsabilidades internacionales, sería deseable que el Tribunal de Justicia acompañe siempre la anulación de un acuerdo internacional con una declaración de que sus efectos jurídicos no se verán afectados⁵⁹. De esta manera, no sorprende que en un caso posterior, el Tribunal de Justicia aunque anuló la decisión del Consejo por la que se aprobaba la conclusión de un acuerdo con los Estados Unidos por la incorrecta elección de la base jurídica (en este caso el artículo 95 TCE, actual 114 TFUE), limitó los efectos de esta anulación argumentando que la Unión «no puede invocar su propio Derecho como justificación del incumplimiento del Acuerdo»⁶⁰.

18. En otro orden de cosas, y en tanto que producto de un acto de las instituciones, el acuerdo internacional forma parte del ordenamiento jurídico de la UE y, por tanto, el Tribunal de Justicia quedaría habilitado para responder a posibles cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 267 TFUE⁶¹. En el caso de los acuerdos mixtos, la competencia interpretativa corresponde al Tribunal únicamente en la medida en que afecta a la UE⁶².

⁵⁶ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 239, de 05/10/1979.

⁵⁷ Asunto C-327/91, *Francia v. Comisión*, STJ 9 agosto 1994, párrafo 17, ECLI:EU:C:1994:305. C. KADDOUS, «L'arrêt France c. Commission de 1994 (accord concurrence) et le contrôle de la "légalité" des accords externes en vertu de l'art. 173 CE: la difficile réconciliation de l'orthodoxie communautaire avec l'orthodoxie internationale», *Cahiers de droit européen*, Vol. 32/5-6, 1996, pp. 613-634.

⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 25.

⁵⁹ P. J. G. KAPTEYN, «Quelques réflexions sur le contrôle de la constitutionnalité des accords conclus par la Communauté avec des pays tiers», G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS / O. DUE / R. SCHINTGEN / C. ELSÉN, (coords.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 275-285.

⁶⁰ Asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *Parlamento vs. Consejo - PNR*, STJ 30 mayo 2006, ECLI:EU:C:2006:346. Concretamente, el TJ estableció que «[t]eniendo en cuenta, por una parte, que la Comunidad no puede invocar su propio Derecho como justificación del incumplimiento del Acuerdo, que sigue siendo aplicable durante el plazo de noventa días a partir de su denuncia, y, por otra, la estrecha relación existente entre el Acuerdo y la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección, resulta justificado, por razones de seguridad jurídica y con el fin de proteger a las personas afectadas, mantener los efectos de dicha Decisión durante el citado período. Además, es necesario considerar el plazo que requiere la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de la presente sentencia». Sobre este caso, *vide* L. GONZÁLEZ VAQUÉ, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas anula el Acuerdo entre la Comunidad Europea y los EE.UU. para la transmisión de los datos sobre los pasajeros por las compañías aéreas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 20, 2006, pp. 557-576; G. GILMORE / J. RIJMA, «Joined Cases C-317/04 and C-318/04, European Parliament v. Council and Commission, Judgment of the Grand Chamber of 30 May 2006», *Common Market Law Review*, Vol. 44/4, 2007, pp. 1081-1099; M. MENDEZ, «Passenger Name Record Agreement. European Court of Justice. Annulment of Commission Adequacy Decision and Council Decision Concerning Conclusion of Passenger Name Record Agreement with US Grand Chamber Judgment of 30 May 2006, Joined cases C-317/04 and C-318/04, European Parliament v. Council and Commission», *European Constitutional Law Review*, Vol. 3/1, 2007, pp. 127-147.

⁶¹ Asunto C-192/89, *S. Z. Sevince vs. Staatssecretaris van Justitie*, STJ 20 septiembre 1990, párrafos 10-11. ECLI:EU:C:1990:322. Sobre esta cuestión, *vide* P. GILSDORF, «Les organes institués par des accords communautaires: effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89», *Revue du Marché Commun*, n. 357, 1992, pp. 328-338.

⁶² Asunto C-321/97, *Andersson y Wåkerås-Andersson*, STJ 15 junio 1999, ECLI:EU:C:1999:307. Así, tal y como dijo el Tribunal, «[n]o obstante, dicha competencia para interpretar el Acuerdo (...) únicamente es válida por lo que respecta a la Comunidad, de modo que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse acerca de la interpretación de dicho Acuerdo en lo que atañe a su aplicación en los Estados» (párrafo 28).

II. Los acuerdos internacionales suscritos por los Estados miembros con terceros Estados

1. Acuerdos suscritos antes de que los Tratados entraran en vigor

19. En el momento en que los Estados miembros establecieron las Comunidades Europeas, ya tenían concluidos multitud de acuerdos internacionales con otros Estados, acuerdos cuya vigencia podían tener interés en mantener. Sin embargo, no es difícil imaginar que las nuevas obligaciones contraídas pudieran resultar incompatibles con tratados anteriores. Por este motivo, los Estados miembros incluyeron una disposición que hoy se encuentra en el artículo 351 TFUE⁶³, que establece lo siguiente:

«Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros».

En virtud de dicha norma, contemplada en el párrafo primero, se reconoce que la creación de la UE/CE por los Estados fundadores o la adhesión a la misma por el resto de Estados miembros no altera la existencia jurídica de los Tratados que estos tengan suscritos con terceros antes de esa creación o adhesión. Lo cierto es que este planteamiento deriva de los principios generales del Derecho Internacional así como de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁶⁴ (artículo 30.4, b).

20. No obstante, y ante la posibilidad de que los nuevos compromisos adquiridos fuesen incompatibles con los que tuviesen concertados anteriormente, el párrafo segundo obliga a los Estados miembros a recurrir «a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común». Tal y como tiene establecido el Tribunal de Justicia, tal disposición supone, para el Estado miembro en cuestión, la posibilidad de elegir las medidas que deban adoptarse para eliminar las incompatibilidades que se hayan detectado, pero también implica que, cuando un Estado miembro se encuentra con dificultades que hacen imposible la modificación de aquel Acuerdo, le incumbe denunciarlo si es posible⁶⁵. Por lo tanto, el Estado miembro en cuestión deberá iniciar negociaciones con el/los Estados terceros a fin de eliminar las incompatibilidades y, llegado el caso y cuando esas negociaciones se revelen infructuosas, deberá denunciar el anterior tratado si la posibilidad legal existe, asumiendo, si fuere necesario, las consecuencias negativas que tal terminación pudiera suponer, como pueda ser el pago de compensaciones económicas. En todo caso, si el cumplimiento del

⁶³ Antiguos artículos 307 del Tratado de la Comunidad Europea y 105 y 106 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

⁶⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF. 39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

⁶⁵ Asunto C-62/98, *Comisión v. Portugal*, STJ 4 julio 2000, ECLI:EU:C:2000:358, en la que el Tribunal condenó a Portugal por no haber denunciado ni adaptado un Acuerdo que tenía suscrito antes de su adhesión a las Comunidades Europeas y que contemplaba la posibilidad de denuncia. *Vide* Ch. HILLION, «Case C-62/98 Commission of the European Communities v. Portugal, and Case C-84/98 Commission of the European Communities v. Portugal» *Common Market Law Review*, Vol. 38/5, 2001, pp. 1269-1283 y J. KLABBERS, «Moribund on the fourth of July? the Court of Justice on prior agreements of the Member States», *European Law Review*, Vol. 26/2, 2001, pp. 187-197.

Derecho de la UE implicase la infracción de los compromisos internacionales anteriores, éstos están protegidos por el párrafo primero antes citado.

Así, por ejemplo, la Comisión Europea demandó a Eslovaquia ante el TJUE al entender que estaba infringiendo lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad⁶⁶. Eslovaquia argumentó que su comportamiento venía exigido por Acuerdo que había suscrito en 1990 con la Confederación Suiza sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones. El TJUE dio la razón a Eslovaquia y desestimó el recurso de la Comisión al entender que el comportamiento de aquél estaba protegido por el párrafo primero del artículo 351 TFUE⁶⁷.

21. Por otro lado, la existencia de esos acuerdos previos no puede suponer que se amplíen a terceros Estados los beneficios que los Estados miembros se otorgan recíprocamente por ser miembros de la Unión. Así está previsto en el tercer párrafo del artículo 351 del TFUE, cuyo tenor literal es el siguiente: «[e]n la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros». Esta disposición parece establecer la obligación de interpretar, en la medida de lo posible, los acuerdos concluidos con terceros Estados de conformidad con las obligaciones que el Derecho de la UE impone a los Estados miembros afectados⁶⁸.

El artículo 350 del TFUE, por su parte, reconoce la preferencia de los acuerdos relacionados con la Unión Económica de Benelux, al señalar que «las disposiciones de los Tratados no obstarán a la existencia y perfeccionamiento de las uniones regionales entre Bélgica y Luxemburgo, así como entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, en la medida en que los objetivos de dichas uniones regionales no sean alcanzados mediante la aplicación de los Tratados»⁶⁹.

2. Acuerdos suscritos después de que los Tratados entraran en vigor

22. Como no podía ser de otra manera, los Tratados de la Unión no se oponen a que los Estados ejerzan sus competencias no transferidas en el ámbito internacional, es decir, respecto de cuestiones que no entran dentro de la competencia exclusiva de la Unión. Por el contrario, en materias en las que la Unión tiene competencia exclusiva, un Estado miembro ya no puede concluir acuerdos con terceros Estados salvo que tenga una autorización especial. Tal fue el caso de la Convención para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT)⁷⁰, en el que la entonces Comunidad Europea autorizó a España, mediante una decisión, a fin de permitir que este Estado se adhiriera con carácter provisional a la Convención, hasta el momento de la adhesión de la Comunidad, dado que la

⁶⁶ Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de junio de 2003, relativa a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE. DO L 176 de 15.7.2003, p. 37-56.

⁶⁷ Asunto C-264/09, *Comisión v. República eslovaca*, STJ 15 septiembre 2011, ECLI:EU:C:2011:580. Sobre esta cuestión, vide A. BOUTE, «Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 September 2011», *Common Market Law Review*, Vol. 49/3, 2012, pp. 1179-1196.

⁶⁸ A. ROSAS, «The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Members States», *Fordham International Law Journal*, Vol. 34/5, 2011, p. 1322 (1304-1345).

⁶⁹ El Benelux es una unión económica y aduanera entre Bélgica (Be-), Holanda (-Ne-) y Luxemburgo (-Lux) previa a las Comunidades y a la Unión Europea. Es, quizá, la primera experiencia exitosa de integración económica en el ámbito europeo y las instituciones de la CE/UE se han mostrado desde siempre particularmente deferentes con esta estructura, hasta el punto de haber reconocido al Tribunal de Justicia del Benelux la consideración de «órgano jurisdiccional nacional», a los efectos de poder presentar cuestiones prejudiciales. Así, vide el asunto C-337/95, *Parfums Christian Dior*, STJ 4 noviembre 1997, párrafos 20-26, ECLI:EU:C:1997:517. C. GIMENO VERDEJO, «La sentencia Christian Dior contra Evora. Interpretación del artículo 177 del Tratado relativo a la cuestión prejudicial e interpretación de disposiciones en materia de propiedad industrial», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 18, 1998, pp. 211-222.

⁷⁰ Instrumento de Adhesión de España a la Convención para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), hecho en Washington el 31 de mayo de 1949, «BOE» núm. 181, de 30 de Julio de 2003.

Convención sólo preveía en un primer momento que pudiera ser firmada por Estados. En ese caso, se obligaba a España a participar en las decisiones de la CIAT de conformidad con la posición comunitaria y en estrecha consulta con la Comisión. Una vez que la Comunidad pudiese ejercer su competencia, España debía denunciar la Convención⁷¹.

23. Los acuerdos suscritos por los Estados miembros con terceros Estados u organizaciones internacionales no son vinculantes para la Unión y en consecuencia, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para interpretar las disposiciones del Derecho internacional que son vinculantes para los Estados miembros fuera del ámbito del Derecho de la Unión o para determinar si una disposición nacional es compatible con tal acuerdo. No obstante, son vinculantes para la Unión los acuerdos concluidos por los Estados miembros cuando los Tratados se refieren a ellos o cuando, en virtud de los Tratados, la Unión ha asumido competencias que previamente recaían en los Estados miembros en relación con la aplicación de dichas disposiciones. Con el objetivo de asegurar que el Derecho de la Unión es aplicado de manera uniforme, el Tribunal de Justicia puede interpretar disposiciones de los acuerdos con efectos desde el momento en que la Unión sustituye a los Estados miembros en el Tratado en cuestión⁷².

24. Por lo demás, cuando un acuerdo internacional es vinculante para todos los Estados miembros, pero no para la Unión, amparándose en el «principio consuetudinario de buena fe, que forma parte del Derecho internacional general», el Tribunal de Justicia seguirá esforzándose por interpretar la legislación de la Unión «tomando en consideración» el acuerdo internacional⁷³. Obsérvese la argumentación que emplea el Tribunal en el caso *Intertanko* a propósito de los efectos de un Convenio (Marpol 73/78) del que no era parte la entonces Comunidad pero del que eran parte todos los Estados miembros. Así, aunque «la Comunidad no ha asumido (...) las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Convenio Marpol 73/78 (...) ni [aunque] las disposiciones de éste tienen efecto vinculante para la Comunidad (...) [dado] que todos los Estados miembros de la Comunidad son partes contratantes en [este] Convenio (...), habida cuenta del principio consuetudinario de buena fe, que forma parte del Derecho internacional general, y del artículo 10 CE [actual artículo 4.3 TUE-L], incumbe al Tribunal de Justicia interpretar esas disposiciones tomando en consideración el Convenio Marpol 73/78»⁷⁴.

El Tribunal descartó en el caso anterior una especie de sucesión funcional, lo que habría hecho que el Convenio en disputa constituyera parte integrante del Derecho de la UE y se quedó «a medio camino», decantándose por establecer una suerte de obligación de interpretación conforme⁷⁵. La suce-

⁷¹ Artículo 2 de la decisión 2006/539/CE del Consejo, de 22 de mayo de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención para el fortalecimiento de la Comisión interamericana del atún tropical establecida por la Convención de 1949 entre los Estados Unidos de América y la República de Costa Rica.

⁷² Asunto C-439/01, *Cipra y Kvasnicka*, STJ 16 enero 2003, ECLI:EU:C:2003:31, párrafo 5, que establece que «El Acuerdo europeo sobre el trabajo del personal de los vehículos contratados para el transporte internacional por carretera (en lo sucesivo, «Acuerdo AETC»), mencionado en el artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 3820/85, entró en vigor en la Comunidad en virtud del Reglamento (CEE) n° 2829/77 del Consejo, de 12 de diciembre de 1977 (...). El cuarto considerando del Reglamento n° 2829/77 indica que, al pertenecer la materia regulada por el Acuerdo AETC al ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) n° 543/69 del Consejo, de 25 de marzo de 1969, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera (...), la competencia para negociar y celebrar dicho Acuerdo corresponde a la Comunidad desde el momento de la entrada en vigor de este último Reglamento. Sin embargo, según el mencionado considerando, las circunstancias específicas de las negociaciones relativas al Acuerdo AETC justifican, con carácter excepcional, un procedimiento según el cual los Estados miembros procedan al depósito separado de sus instrumentos de ratificación o de adhesión en el marco de una acción concertada, actuando siempre en interés y por cuenta de la Comunidad».

⁷³ Asunto C-308/06, *Intertanko*, *op. cit.*

⁷⁴ Asunto C-308/06, *Intertanko*, *op. cit.*

⁷⁵ Este efecto de «sustitución» o «sucesión» ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia con otros convenios y tratados internacionales. Así, *vide* además de los asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company and others*, *op. cit.*, el asunto 9/73, *Carl Schlüter vs. Hauptzollamt Lörrach*, STJ 24 octubre 1973, ECLI:EU:C:1973:110 y el asunto 38/75, *Douaneagent der Nederlandse Spoorwegen vs. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, STJ 19 noviembre 1975, ECLI:EU:C:1975:154. Sobre esta jurisprudencia, *vide* R. KOVAR, «Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridique communautaire: à propos d'une jurisprudence récente de la Cour de justice», *Revue du Marché Commun*, 1974, pp. 345-360; M. WAELBROECK, «Effect of GATT within the Legal Order of the EEC», *Journal of World Trade Law*, núm. 6, 1974, pp. 614-623; y G. WHITE, «Effects of International Treaties within the Community Order», *European Law Review*, Vol. 1, 1976, pp. 402-406.

sión o sustitución, que justificaría una adhesión implícita, ha sido reconocida por el Tribunal en algunos casos, como los Acuerdos GATT o el Convenio sobre la pesca del Atlántico Nordeste, aunque no lo reconoció en el caso del Tratado de la OMC (aunque esta cuestión se volvería más adelante irrelevante a efectos prácticos)⁷⁶. Aunque no éste el lugar para profundizar en la teoría de la llamada «sucesión funcional» de los acuerdos, sí que parece conveniente recordar las condiciones ciertamente estrictas bajo las cuales podría decirse que el Tribunal de Justicia admitió en 1972 la sucesión funcional de la Comunidad en las obligaciones asumidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de los acuerdos GATT⁷⁷. Dichas condiciones, sintetizadas posteriormente por el Abogado General, Sr. CAPOTORTI, en sus conclusiones sobre el caso *Procureur général vs. Arbelaz-Emazabel*⁷⁸ se concretarían en las siguientes: 1) que la totalidad de los Estados miembros ya fueran partes en el acuerdo internacional en el momento de la conclusión del viejo Tratado de Roma; 2) que los Estados miembros tengan la voluntad de efectuar esta subrogación y la intención de realizar los objetivos del acuerdo, 3) que la, entonces, Comunidad (hoy, UE) haya ejercido sus competencias en el ámbito del acuerdo internacional en cuestión y 4) que los terceros Estados miembros del acuerdo internacional hayan reconocido la sustitución de la, entonces, Comunidad (hoy, UE) y sus Estados miembros⁷⁹.

III. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

1. El Convenio según Luxemburgo: la posición del CEDH en el Derecho de la UE

25. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) fue adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Cuando se estableció la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (Tratado CECA) el 18 de abril de 1951 (tratado que entraría en vigor el 23 de julio de 1952) el CEDH ya existía, pero aún no había entrado en vigor. El resto de tratados comunitarios se elaborarían vigentes el Convenio Europeo. Los redactores de ambos documentos, ciertamente tenían en mente que estaban creando dos ordenamientos totalmente distintos y diferenciados, cada uno dedicado a un ámbito muy distinto del otro: la protección de ciertos derechos humanos (CEDH) y el establecimiento de un mercado común europeo del carbón y del acero (Tratado CECA). No parecía en un primer momento que se pudiera producir ningún tipo de influencia o interrelación entre ambos más allá de responder a un nuevo sentimiento de cooperación en el viejo continente. No obstante, la evolución posterior de ambos sistemas provocaría que ambos ordenamientos cruzaran sus caminos en el futuro. En efecto, el desarrollo de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos humanos (desde 1998 sólo del TEDH), sobre todo a través del recurso directo ante el Tribunal que poseen los ciudadanos ha creado en el contexto europeo lo que se ha dado en llamar un verdadero «orden público europeo» al que están sujetos los Estados firmantes del CEDH⁸⁰.

26. Por su parte, la evolución de las primitivas Comunidades europeas hasta llegar a la UE ha extendido las competencias de sus instituciones y provocado que sus actos normativos y de aplicación tenga una incidencia real y directa sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos de sus Estados miembros, más allá, incluso, del ámbito meramente económico o mercantil. Es por ello que han sido muchas las cuestiones que se han ido planteando en lo que atañe a la interrelación de ambos ordenamientos o,

⁷⁶ Vide los asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company*, *op. cit.*, párrafo 18. Sobre esta cuestión en general, vide R. SCHUTZE, «On ‘Middle Ground’. The European Community and Public International Law», *European University Institute Law Working Papers*, No. 13, 2007, especialmente, pp. 12-13.

⁷⁷ Esta cuestión ha sido tratada con mayor detenimiento en L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 163-169. Vide, también, el siguiente apartado de este trabajo relativo al CEDH.

⁷⁸ Vide las Conclusiones presentadas por el Abogado General, Sr. Capotorti en el asunto 181/80, *Procureur général près la Cour d'Appel de Pau y otros vs. José Arbelaz-Emazabel*, ECLI:EU:C:1981:192, el 15 septiembre 1981, párrafo 4.

⁷⁹ Sobre esta cuestión, vide N. KARAMAOUN, «Le contrôle effectué par le juge de Strasbourg sur le droit communautaire: d'un paradoxe à l'autre», P. LEUPRECHT / R. CÔTÉ / O. DELAS / F. CRÉPEAU (coords.), *Les Juridictions internationales: complémentarité ou concurrence?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 75-125, especialmente, pp. 80-82.

⁸⁰ F. SURDRE *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4^e éd., PUF, Paris, 2007, pp. 7-17.

simplemente, al hecho de que ciertos Estados sean a la vez signatarios y, por ende, se encuentren sujetos al cumplimiento de estos dos ordenamientos. Por ello, se planteó la cuestión, en sedes políticas, doctrinales y jurisdiccionales de hasta qué punto las Comunidades estaban jurídicamente vinculadas por el CEDH. En este sentido, uno de los miembros del TJ, a título particular, propuso una sugerente solución basada en la doctrina iusprivatista germana de la *Hypothekentheorie*: la entonces Comunidad estaría obligada a respetar el Convenio en virtud de una suerte de sucesión funcional⁸¹. La Comunidad europea fue creada por Estados que ya estaban obligados a respetar el Convenio en el ejercicio de sus competencias. A través de los Tratados por los que se establecen las Comunidades, esos Estados han puesto en común algunas de sus competencias más importantes, especialmente en materia de legislación y de gestión económica y social, y han confiado su ejercicio a instituciones comunes. Con esta transferencia de responsabilidad, sostiene esta teoría, los Estados no han podido y, además, tampoco han querido excluir el ejercicio de esas competencias de los límites y controles que resultan del CEDH. La CE estaría obligada al cumplimiento del Convenio al igual que los Estados que la han creado y que, así, se convirtieron en Estados miembros. De esto se derivaría, entre otras cosas, que en virtud del Convenio, el TJ se encuentra exactamente en la misma situación que los tribunales de los Estados miembros del Convenio. Lo anterior no sería, pues, sino una manifestación del efecto de sustitución que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido a otros tratados comerciales y aduaneros, especialmente al Acuerdo general sobre comercio y aranceles (GATT, en sus siglas inglesas)⁸². Sin embargo, en un contexto en el que ni la Comisión Europea ni el TJ ni el TEDH hayan avalado la vigencia de esta tesis, la doctrina se pronuncia mayoritariamente por el rechazo de esta posibilidad⁸³.

27. En cuanto al valor jurídico del Convenio en el seno del ordenamiento jurídico de la UE, desde que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo lo incorporase a su jurisprudencia⁸⁴ y en tanto la Unión resuelve si finalmente (y en qué términos) se adhiere, el CEDH ha sido «constitucionalizado» en el artículo 6 TUE-L, es instrumento cualificado de interpretación y concreción de los derechos fundamentales en tanto que principios generales y su importancia es recordada por el Tribunal cada vez que éste tiene ocasión⁸⁵.

Así pues, el Tribunal de Justicia considera al CEDH como un elemento de interpretación de indudable valor hermenéutico, pero sin eficacia jurídica directa, sino que *dualiza* el texto del CEDH al aplicarlo de manera indirecta a través de los principios generales del derecho, de los que es el guardián y supremo intérprete, garantizando así, en último término, la autonomía y primacía del Derecho de la

⁸¹ La tesis de la sucesión funcional fue inicialmente propuesta por el Juez PESCATORE en un trabajo doctrinal. *Vide* P. PESCATORE, «External relations in the case-law of the Court of Justice of the European Communities», *Common Market Law Review*, Vol. 16/4, 1979, pp. 615-645 y, posteriormente, de forma más explícita en P. PESCATORE, «La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», G. J. WIARDA / F., MATSCHER / H. PETZOLD, H. (coords.), *Protecting human rights, the European dimension: studies in honour of / Protection des droits de l'homme, la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, 2e éd., C. Heymann, Köln, 1990, pp. 441-454. A una conclusión similar llega la doctrina germana aplicando a este supuesto la *Theorie der Hypothek*. *Vide*, A. BLECKMANN, *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an die Europäische Menschenrechtskonvention*, C. Heymanns, Köln, 1986, pp. 113-116. También plantea esta posibilidad, R. UERPMANN-WITZACK, «The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems», A. VON BOGDANDY / J. BAST, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed., Hart, Oxford, 2009, pp. 145-181, especialmente, pp. 167-170.

⁸² *Vide* Asuntos acumulados 21-24/72 *International Fruit*, *op. cit.*

⁸³ Por todos, *vide* J. P. JACQUÉ, «La Cour de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations», M. DONY / E. BRIBOSIA, (coords.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pp. 257-263. *Vide*, especialmente, el Dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 28 marzo 1996, ECLI:EU:C:1996:140.

⁸⁴ Asunto 36/75, *Roland Rutili vs. Ministre de l'intérieur*, STJ 28 octubre 1975, ECLI:EU:C:1975:137. Un año antes, el TJ ya había asumido la necesidad de recurrir a los «instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos» para concretar los principios generales, pero no mencionó expresamente el CEDH (aunque una de las partes sí lo hacía) dado que un Estado, Francia, estaba aún en trance de ratificarlo. *Vide* el asunto 4/73, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung vs. Commission*, STJ 14 mayo 1974, ECLI:EU:C:1974:51, especialmente párrafo 13.

⁸⁵ Asunto C-540/03, *Parlamento vs. Consejo*, STJ 27 junio 2006, ECLI:EU:C:2006:429, párrafo 35. Para un estudio sobre las relaciones entre y las mutuas referencias en las jurisprudencias de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, *vide* S. DOUGLAS-SCOTT, «A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human rights *acquis*», *Common Market Law Review*, Vol. 43/3, 2006, pp. 629-665.

UE. Por consiguiente, el Tribunal de Luxemburgo es, en principio, el máximo intérprete del CEDH en el contexto de la UE. No obstante, de un tiempo a esta parte, parece que la alta instancia de Luxemburgo ha flexibilizado su posición inicial y se muestra dispuesta a aceptar también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, es decir, la interpretación que del Convenio hace su máximo intérprete ordinario⁸⁶. No obstante, esta incorporación de la jurisprudencia de Estrasburgo opera igualmente a través del filtro de los principios generales, lo que le permite al Tribunal de Justicia mantener la autonomía del Derecho de la UE, aunque puede ser igualmente interpretado como muestra de su predisposición a ir aceptando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como jurisdicción especializada (más que ‘suprema’) en materia de derechos fundamentales⁸⁷.

Finalmente, se ha mencionado anteriormente que la obligación de respetar el CEDH se deriva del Derecho primario u originario (artículo 6.3 TUE-L). Ahora bien, hay que recordar esta incorporación (tutelada por el TJ) del catálogo de Estrasburgo al ordenamiento de la UE se refiere al catálogo de derechos, no al mecanismo de protección jurisdiccional instaurado por el Convenio, es decir, no es posible demandar directamente a la UE ante el TEDH.

2. El Derecho de la UE según Estrasburgo: la doctrina *Bosphorus*

28. La adhesión de la Comunidad al CEDH es uno de los asuntos clásicos y recurrentes que, cada cierto tiempo y cada vez con más fuerza, se viene planteando en su seno⁸⁸. Suele citarse como punto de partida el memorando de la Comisión de 1979 en el que la institución comunitaria planteaba la adhesión al Convenio Europeo, indicando las ventajas (casi todas ellas de tipo político) y los inconvenientes (más bien de tipo jurídico) de tal adhesión⁸⁹. Este audaz primer intento no cuajaría y, descartada por el TJ la tesis de la sucesión funcional, para garantizar la coherencia entre ordenamientos así como una protección más efectiva de los derechos fundamentales, las propias instituciones comunitarias plantearon muy pronto que la Comunidad, primero, y la Unión Europea, después, accediese al CEDH⁹⁰. Este loable objetivo fue ganando adeptos hasta que el Tribunal de Justicia, en su controvertido dictamen 2/94, concluyó que no existía base jurídica para que la Comunidad se adhiriese al CEDH y que, por consiguiente, de pretenderse tal, era necesario proceder a una revisión de los Tratados⁹¹.

⁸⁶ Así, entre otros, *vide* asunto C-94/00, *Roquette Frères*, STJ 22 octubre 2002, ECLI:EU:C:2002:603, especialmente párrafo 29; asunto C-274/99 P, *Connolly vs. Commission*, STJ 6 marzo 2001, ECLI:EU:C:2001:127, párrafos 37-65; y asunto C-117/01, *K. B. vs. National Health Service Pensions Agency*, STJ 7 enero 2004, ECLI:EU:C:2004:7, párrafo 33.

⁸⁷ *Vide* asunto C-94/00, *Roquette Frères*, *op. cit.* Para un comentario sobre esta sentencia, M. LIENEMEYER / D. WAELBROECK, «Case C-94/00, *Roquette Frères SA v. Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes*. Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 22 October 2002», *Common Market Law Review*, Vol. 40/6, 2003, pp. 1481-1497.

⁸⁸ Ya nos hemos ocupado de la adhesión de la UE al CEDH en profundidad en otros trabajos. Para una ilustración, *vide* L. I. GORDILLO PÉREZ, «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 173-204 y L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015, especialmente pp. 115-135.

⁸⁹ EUROPEAN COMMISSION, «Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights. Commission Memorandum», COM (79) 210 final, 2 mayo 1979, adoptado por la Comisión el 4 abril 1979, *Bulletin of the European Communities*, Supplement 2/79, especialmente, 11-16.

⁹⁰ *Vide* el mencionado document EUROPEAN COMMISSION, «Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights. Commission Memorandum», *op. cit.* y la *Resolución del Parlamento Europeo de 29 de octubre de 1982*, sobre el Memorandum de la Comisión relativo a la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, *Journal Officiel des Communautés Européennes*, núm. C 304/253, de 22 noviembre 1982. Igualmente, el Comité Económico y Social suscribió el *Memorandum* de la Comisión. *Vide* la resolución titulada «Own-Initiative Opinion of the Economic and Social Committee on the protection of human rights», *Official Journal of the European Communities*, núm. C 353/1, de 31 diciembre 1980.

⁹¹ Dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, *op. cit.* Los comentarios doctrinales sobre este dictamen son numerosos. Sin ánimo de exhaustividad, *vide* D. SIMON, «Chronique, n° 335», *Europe*, n. 6 (juin), 1996, pp. 1-4; J. M. AREILZA CARVAJAL, «El Dictamen 2/1994 del Tribunal de Justicia o cómo no abordar el espinoso asunto de las competencias comunitarias», *Centro de Estudios Constitucionales*, 1996, pp. 333-345; S. O'LEARY, «Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights - The Opinion of the ECJ», *European Human Rights Law Review*, Vol. 4, 1996, pp. 362-377; P. WACHSMANN, «L'avis 2/94 de

29. Como los redactores del Tratado de Amsterdam, primero, y Niza, después, no quisieron introducir la base jurídica que permitiese la adhesión o, al menos, alguna cláusula que hiciera posible regular las relaciones Derecho de la UE-CEDH (más allá de su recepción en el seno comunitario en tanto que principios generales), el conflicto o divergencia entre las jurisprudencias de los máximos tribunales (TJ y TEDH) era más que posible. Estas diferencias de criterio han llevado a pronunciamientos divergentes entre los distintos órganos de control, estableciendo una suerte de «diálogo en materia de derechos fundamentales» que casi siempre ha acabado con la adopción por parte del TJ del estándar de Estrasburgo, por ejemplo en materia de protección del domicilio de las personas jurídicas en la saga *Hoechst-Colas-Roquette*⁹².

30. Este sistema del diálogo, sin embargo, también ha pasado por momentos delicados con motivo de demandas que los particulares presentaban ante el TEDH en las que se cuestionaba la compatibilidad de actos de la CE/UE con el Convenio, siendo el más famoso de los casos y el que ha aportado una solución provisional o «Derecho transitorio», en tanto se produce la esperada adhesión, es el caso *Bosphorus*⁹³. La mayoría de los casos previos se resolvieron con la inadmisibilidad de la demanda (casi siempre argumentando en el fondo aquello de que ni la CE ni la UE eran miembros del Convenio).

Ya nos hemos ocupado del caso *Bosphorus* en otros escritos y no es este el lugar de repetir lo ya dicho o profundizar en la cuestión⁹⁴. A los efectos de este trabajo, simplemente cabe recordar que *Bosphorus* estableció una suerte de «doctrina de protección equivalente» à la *Solange II*. Es decir, analizó el sistema de protección de derechos de la CE/UE y concluyó que, en esencia, se garantizaba una «protección comparable» a la del Convenio, con lo que otorgaba una presunción general de compatibilidad al Derecho comunitario (garantizándose una vía para inadmitir el creciente número de demandas que involucraban a este Derecho) sujeto, sin embargo, a una posible destrucción de esta presunción si «atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente»⁹⁵. Al establecer el TEDH, además, que por nivel de protección equivalente, entiende «comparable» pero no «idéntica», ya que ello jugaría en contra de la cooperación internacional (y la creación de organizaciones internacionales que ejerzan competencias cedidas por los Estados)⁹⁶, la doctrina ha discutido largamente, si acaso el TEDH no ha establecido un «doble estándar», es decir, a los Estados contratantes les exige el máximo nivel de protección, sin

la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Revue trimestrel de droit européen*, 467, 1996, pp. 467-491; G. GAJA, «Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 33/5, 1996, pp. 973-989; O. DE SCHUTTER / Y. LEJEUNE, «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, Vol. 32/5-6, 1996, pp. 555-606; N. BURROWS, «Question of Community Accession to the European Convention Determined», *European Law Review*, Vol. 22/1, 1997, pp. 58-63; N. FERNÁNDEZ SOLA, «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, 1997, núm. 144, pp. 41-55; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica?», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1996, pp. 817-838.

⁹² Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ 21 septiembre 1989 [ECLI:EU:C:1989:337]; caso *Sociétés Colas Est et allii vs. France*, recurso núm. 37971/97, Sentencia del TEDH 16 abril 2002, *Reports of Judgments and Decisions 2002-III*; asunto C-94/00, *Roquette Frères*, *op. cit.* Sobre esta cuestión, *vide* J. MISCHO, «Hoechst, Colas, Roquette: illustration d'une convergence», N. COLNERIC / J. P. PUISOCHET / D. RUIZ-JARABO COLOMER / D. V. EDWARDS, (coords.), *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts, Berlin, 2003, pp. 137-145; L. I. GORDILLO PÉREZ, *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart, Oxford, 2012, pp. 80-85 y L. I. GORDILLO PÉREZ, «Fundamental Rights of companies in transnational law», Id., *Constitutionalism of European Supranational Courts*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 53-80, especialmente, pp. 59-79.

⁹³ Caso *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, recurso núm. 45036/98, Sentencia del TEDH de 30 junio 2005, *Reports of Judgments and Decisions*, 2005-VI. Entre los más recientes, cabe citar el caso *Senator Lines GmbH vs. 15 Estados de la CE/UE*, recurso núm. 56672/00, Decisión del TEDH 10 marzo 2004, *Reports 2004-IV*; caso *Guérin*, recurso núm. 51717/99, Decisión del TEDH 4 julio 2000 [no publicada]; caso *Emesa Sugar vs. Países Bajos*, recurso núm. 62023/00, Decisión 13 enero 2005 [no publicada], todos ellos disponibles en <http://hudoc.echr.coe.int/>.

⁹⁴ L. I. GORDILLO PÉREZ, «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *op. cit.*; L. I. GORDILLO PÉREZ, *Interlocking Constitutions*, *op. cit.*, pp. 98-188.

⁹⁵ Caso *Bosphorus*, STEDH 30 junio 2005, *cit.*, párrafos 155-156.

⁹⁶ *Ibidem*, párrafo 155.

embargo, en el caso de la UE puede rebajar ese nivel, salvo que caiga en un estándar «manifiestamente deficiente». A estas alturas, es difícil negar este doble rasero, como ya avanzamos en otros trabajos⁹⁷.

La doctrina *Bosphorus*, establecida como se ha avanzado antes, a modo de Derecho transitorio hasta que se produzca la adhesión, ha sido mantenida por el TEDH sin cambios, permitiéndole inadmitir un buen número de recursos apelando a esa presunción de conformidad general. La «transitoriedad» de esta doctrina es evidente, y buena prueba de ello es que no se ha intentado «codificar» en todo o en parte en el Acuerdo de Adhesión⁹⁸. Sólo en fechas algo más recientes, en el asunto *Michaud*, el TEDH vino a reconocer que en un caso determinado se ha podido romper esa protección equivalente, aunque la cuestión no tuvo la mayor trascendencia ya que se contestaba la validez medida nacional de implementación de una Directiva y al final el TEDH llevó a cabo su control sobre el medida nacional, entendiendo que este Estado actuaba al amparo del margen de apreciación⁹⁹. Es decir, aunque en el recurso se argumentó que no existía margen de maniobra (Francia transcribió tal cual los artículos de la Directiva en normas nacionales), en realidad esta situación no quedó probada que concurriese en el caso, dado que se trataba de una directiva (que permite –en teoría– un amplio margen de apreciación a la hora de implementar las medidas) y los tribunales nacionales no presentaron una cuestión prejudicial ante el TJ para que este aclarase si, efectivamente, en este caso que sería excepcional Francia carecía de dicho margen de maniobra a la hora de implementar la Directiva.

31. No obstante lo anterior, el TEDH está dando muestras de que la jurisprudencia *Bosphorus* no es un cheque en blanco. En el reciente caso *Avotiņš*, el primero de este tipo tras el rechazo del TJ al acuerdo de adhesión al Convenio, el TEDH recuerda que la presunción establecida en *Bosphorus* puede ser destruida si se le presentan buenos argumentos¹⁰⁰. Aunque en el caso, relativo a la ejecución de una sentencia chipriota en Letonia, en el que en el fondo se sustanciaba la compatibilidad de los derechos reconocidos en el Convenio con el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias de otros Estados regulado en el Reglamento 44/2001 (también conocido como *Reglamento Bruselas I*)¹⁰¹, el TEDH finalmente concluye que no había un déficit de protección «manifiestamente deficiente», sorprende la extensión que dedica a ello (párrafos 101 a 127) y el hecho de que declare la compatibilidad por la mínima. Igualmente, el duro voto particular del presidente András SAJÓ en relación con la forma de entender la doctrina *Bosphorus* invita a pensar que se trata de un mensaje dirigido al propio Tribunal de Justicia, recordando dónde están las líneas rojas, en tanto no se proceda a la tantas veces anunciada (y, aparentemente, por todos deseada) adhesión de la UE al CEDH¹⁰².

⁹⁷ Entre otros, L. I. GORDILLO PÉREZ, «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *op. cit.*

⁹⁸ Esta «transitoriedad» ha sido reconocida incluso por los responsables de Estrasburgo, si bien en el ámbito de la academia. *Vide*, J. POLAKIEWICZ, «EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?», Conferencia pronunciada en el Seminario *Fundamental Rights In Europe: A Matter For Two Courts Oxford Brookes University*, 18 enero 2013, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2331497>, última consulta: 01.07.2017.

⁹⁹ Caso *Michaud v. France*, recurso núm. 12323/11, STEDH 6 diciembre 2012, especialmente párrafo 115. Un breve comentario puede verse en F. TULKENS, «EU Accession to the European Convention on Human Rights», Conferencia pronunciada en el Seminario *Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP), Krakow (Poland), 1 marzo 2013, pp. 3-5, disponible en http://www.ejtn.net/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20and%20Access%20to%20Justice%20Seminar/Krakow_Tulkens_final.pdf, última consulta: 01.07.2017.

¹⁰⁰ Caso *Avotiņš v. Letonia*, recurso 17502/07, STEDH 26 mayo 2016.

¹⁰¹ Sobre esta norma de la UE, *vide* el clásico A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ejecución de resoluciones patrimoniales en la UE: el Reglamento 44/2001 de 22 de Diciembre de 2000», *Revista de estudios europeos*, núm. 37, 2004, pp. 27-79.

¹⁰² Sobre este caso, *vide* S. Ø. JOHANSEN, «EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of Avotiņš v. Latvia», *Blog EU Law Analysis*, 24 may 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html>; G. BIAGIONI, «Avotiņš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights», *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 1/2, 2016, pp. 579-596; L. GLAS / J. KROMMENDIJK, «From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court (November 17, 2016)», *Human Rights Law Review*, Vol. 17, 2017, pp. 1-21, disponible en <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw047>.

3. En busca de la estabilidad interordinamental: la adhesión de la UE al CEDH

32. La labor de persuasión ejercida por el *establishment* europeo, unida a los desarrollos jurisprudenciales de ambos tribunales, abocaron a los líderes políticos a tomar una determinación sobre la adhesión o no al CEDH. Finalmente, el artículo 6.2 TUE-L estableció que «[l]a Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». A partir de ese momento, comenzó un intenso debate sobre la configuración del mecanismo de adhesión, un Tratado, en el que intervinieron las instituciones de la UE (incluido el TJ), el Consejo de Europa y la academia¹⁰³. La Comisión, siguiendo las instrucciones de un mandato del Consejo, negoció un acuerdo (Tratado) de adhesión que, tras hacerse público, fue ampliamente comentado por la doctrina en términos, en general, muy favorables¹⁰⁴.

El texto final del Acuerdo de Adhesión de junio de 2013, incluía además de las previsiones propias de los tratados internacionales (ámbito de aplicación, reservas, firma y entrada en vigor, participación en los gastos del sistema, relaciones con otros acuerdos, etc.), al menos tres cuestiones de gran interés que habían sido largamente discutidas por la doctrina: el mecanismo del co-demandado (se entiende a la UE junto con algún o algunos Estados miembros), un sistema que podríamos llamar de «cuestión preconventional» (destinada a proteger la autonomía del Derecho de la UE y donde el TJ usará como parámetro de control los derechos protegidos en el ámbito comunitario coincidentes con los protegidos por el Convenio) y la elección del juez «comunitario». El acuerdo pretendía realizar los ajustes necesarios que permitiesen el control de convencionalidad de los actos de contenido comunitario intentando, a la vez, preservar la autonomía del Derecho de la UE así como no afectar al reparto de competencias interno entre la UE y sus miembros, respetando siempre la naturaleza *sui generis* de la UE¹⁰⁵. La Comisión, como suele hacer en estos casos, solicitó un dictamen previo del Tribunal de Justicia antes de iniciar los mecanismos de adhesión.

33. Cuando parecía que la tan esperada adhesión iba finalmente a materializarse, el dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia frenó en seco las expectativas de quienes habían venido defendiendo largo tiempo la necesidad de que se operase dicho acceso y ha supuesto un duro revés para las instituciones europeas que negociaron el protocolo de adhesión¹⁰⁶. En efecto, el Tribunal, que parece que ha querido enviar una señal al equipo negociador y al resto de instituciones, ha pronunciado una decisión en la que reafirma, en términos muy contundentes, la autonomía del Derecho de la Unión Europea respecto de la posible interpretación que de éste pudiera realizar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No es éste el lugar para detenernos en el análisis concreto de las cuestiones suscitadas por el TJ, básicamente, siete cuestiones por las que decidió que, con el texto del Acuerdo que se le sometió a consulta, no era posible operar una adhesión compatible con los Tratados¹⁰⁷. En todo caso, las cuestiones

¹⁰³ Vide L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit., pp. 127-130.

¹⁰⁴ La mayoría de los comentarios se refieren a un texto provisional hecho público en 2011 que no difiere mucho de la versión final de 2013. Así, vide J. P. JACQUÉ, «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 995-1023; T. LOCK, «Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 1025-1054; P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart, 2013.

¹⁰⁵ El texto del acuerdo y algunos documentos de interés se encuentran en la web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accessionEU&c=>, última consulta: 01.07.2017.

¹⁰⁶ Dictamen 2/13, *Dictamen emitido en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11*, 28 diciembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹⁰⁷ L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit., pp. 130-135; F. BENOÎT-ROHMER, «À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice», *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 2 Juillet-Septembre, 2015, pp. 594-611; J. MALENOVSKÝ, «Comment tirer parti de l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue générale de droit international public*, n. 4, 2015, pp. 705-742; J. P. JACQUÉ, «CJUE - CEDH: 2-0», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 50/4, 2014, pp. 823-831; J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 825-869; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, pp. 243-268; T. LOCK, «The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights

y reservas son reconducibles, en realidad, a una única preocupación que tiene el Tribunal de Justicia y que tiene que ver con su particular visión de la situación. Así, según el enfoque del TJ, para asegurar la autonomía del Derecho de la Unión, el Tribunal ha de ser el último en pronunciarse sobre la interpretación y alcance de su propio ordenamiento jurídico. En realidad, según la interpretación vertida en el dictamen 2/13, el Tribunal de Justicia identifica violación de un derecho del Convenio con amenaza a la primacía y aplicación uniforme del Derecho de la UE. El excesivo celo que está demostrando para aceptar una jurisdicción especializada en materia de derechos fundamentales, contrasta con la contundencia con la que estableció (y recuerda cada vez que tiene ocasión) el efecto directo y la primacía del Derecho de la UE sobre los ordenamientos de los Estados miembros. Ante esta situación, la respuesta dada por la propia Comisión ha sido que será necesario renegociar el protocolo de adhesión respetando los términos y las limitaciones que ha establecido el TJ en el dictamen 2/13¹⁰⁸. Sin embargo, visto el tenor de esta decisión, quizá no sea fácil concluir otro acuerdo de incorporación que sea aceptable por todas las partes contratantes del CEDH, dado que algún otro Estado podría exigir la misma deferencia para con su ordenamiento jurídico que la que el tribunal de Luxemburgo pretende para el Derecho de la UE. Así, no sorprende mucho que algún autor haya propuesto, en lugar de una renegociación del protocolo de adhesión, una modificación de los Tratados en la que se disponga la adhesión al CEDH «a pesar de lo establecido en el dictamen 2/13»¹⁰⁹. Así pues, en tanto no se opere la adhesión, la relación entre el Derecho de la UE y el Convenio seguirá estando presidida por la jurisprudencia *Bosphorus*, una situación poco favorecedora de la seguridad jurídica y que, en todo caso, deja la máxima libertad al TEDH y al TJ para establecer los términos de su particular «diálogo judicial».

IV. Otras fuentes de Derecho Internacional en el Derecho de la UE

1. El valor del Derecho internacional general

34. La Unión Europea es una criatura nacida a través de un acto de Derecho internacional. Por ello, no resulta extraño que los Tratados hayan constitucionalizado un principio general de apertura y la relación general con el Derecho internacional (artículo 351 TFUE). Por su parte, el artículo 21.1 TUE-L dispone expresamente que «[I]a acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional».

De la misma forma, el Tribunal de Justicia ha garantizado que la conducta externa de la Unión respeta plenamente sus obligaciones derivadas del Derecho internacional¹¹⁰. En realidad, cuando extiende su control a la acción exterior de la Unión, el Tribunal de Justicia, no estaría sino protegiendo la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, como presupuesto de su propia autonomía jurisdiccional. Por otro lado, el Tribunal incluso condiciona la validez de la legislación derivada a su conformidad con el Derecho internacional hasta el punto de que «las competencias de la [UE] deben ser ejercidas respetando el Derecho internacional y que, por consiguiente, (...) [el Derecho derivado] debe interpretarse,

after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?», *European Constitutional Law Review*, Vol. 11/2, 2015, pp. 239-273; B. DE WITTE / S. IMAMOVIĆ, «Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court», *European Law Review*, Vol. 40/5, 2015, pp. 683-705; P. EECKHOUT, «Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky», *Fordham International Law Journal*, Vol. 38/4, 2015, pp. 955-992.

¹⁰⁸ Vide el Programa de trabajo de la Comisión para 2016, COM(2015) 610 final, Estrasburgo, 27.10.2015, p. 12, donde se asevera que «[I]a Comisión proseguirá asimismo su labor encaminada a la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, teniendo plenamente en cuenta el dictamen del Tribunal de Justicia». Dicha declaración se repite en el Programa de Trabajo de la Comisión para 2017, COM(2016) 710 final, Estrasburgo, 25.10.2016, p. 14.

¹⁰⁹ L. F. M. BESSELINK, «Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13», *Verfassungsblog*, 23 December 2014, disponible en <http://www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/>, última consulta: 01.07.2017.

¹¹⁰ Asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company*, *op. cit.*

y su ámbito de aplicación circunscribirse, a la luz de las correspondientes normas de Derecho internacional (...)»¹¹¹.

35. Además, como antes se ha avanzado, poco a poco el Tribunal de Justicia ha ido empleando de manera progresiva referencias al Derecho internacional consuetudinario de forma que se le reconoce como fuente autónoma del Derecho en ese ordenamiento jurídico autónomo que es el de la UE. Ya en la sentencia del caso *Racke*, el Tribunal de Justicia estableció que la, entonces, Comunidad estaba obligada a respetar el Derecho internacional consuetudinario, de lo que acabaría deduciendo que «las normas del Derecho consuetudinario internacional relativas al cese y la suspensión de las relaciones convencionales como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias vinculan a las Instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario»¹¹².

Más recientemente, en el asunto *ATA*, el Tribunal realizó un control de validez de una Directiva en relación con los principios del Derecho internacional consuetudinario¹¹³. Últimamente, además, el Tribunal ha dictaminado, en un caso muy particular, que el Derecho internacional general puede justificar una limitación del derecho de libre circulación en el seno de la UE¹¹⁴.

36. Igualmente, merece la pena recordar la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en la que este tribunal estableció que las organizaciones internacionales están limitadas en su actuación por el Derecho internacional tal y como lo está cualquier otro sujeto de Derecho internacional. Así, tal y como dijo la Corte con sede en La Haya, «[l]a organización internacional es sujeto de Derecho internacional y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales de Derecho internacional»¹¹⁵. Por consiguiente, la razón de que el Tribunal condicione la validez del Derecho de la UE al respeto a las obligaciones internacionales está lejos de constituir un mero gesto de deferencia y se trataría más bien de una obligación jurídica que hay que respetar para no incurrir en responsabilidad internacional¹¹⁶.

¹¹¹ Asunto C-286/90, *Anklagemindigheden vs. Poulsen and Diva Navigation*, op. cit. Vide P. J. SLOT, «Case C-286/90, Anklagemyndigheden (Public Prosecutor) v. P.M. Poulsen and Diva Navigation, Judgment of 4 November 1992», *Common Market Law Review*, Vol. 31/1, 1994, pp. 147-153.

¹¹² Asunto C-162/96, *Racke v. Hauptzollamt Mainz*, STJ 16 junio 1998, ECLI:EU:C:1998:293. Sobre esta cuestión, vide A. F. GAGLIARDI, «The right of individuals to invoke the provisions of mixed agreements before the national courts: a new message from Luxembourg?», *European Law Review*, Vol. 24/3, 1999 pp. 276-292; A. BERRAMDANE, «L'application de la coutume internationale dans l'ordre juridique communautaire», *Cahiers de droit européen*, Vol. 36/1-2, 2000, pp. 253-280; J. KLABBERS, «Case C-162/96, A. Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz judgment of 16 June 1998», *Common Market Law Review*, Vol. 36/1, 1999, pp. 179-189; J. ROLDÁN BARBERO, «La costumbre internacional, la cláusula rebus sic stantibus y el Derecho comunitario (A propósito de la sentencia Racke dictada por el TJCE el 16.6.98)», *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 50/2, 1998, pp. 9-34.

¹¹³ Asunto C-366/10, *Air Transport Association of America y otros*, STJ 21 diciembre 2011, ECLI:EU:C:2011:864, párrafos 121-130. Vide J. S. BÉRGÉ, «Les mots de l'interaction: compétence, applicabilité et invocabilité (à propos de CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-366/10, ATAA. - CJUE, 15 mars 2012, aff. C-135/10, SCF. - CE, 11 avr. 2012, n° 322326, GISTI)», *Journal du droit international*, n. 3, juillet 2012, pp. 1005-1020; A. GATTINI, «Between Splendid Isolation and Tentative Imperialism: The EU's Extension of its Emission Trading Scheme to International Aviation and The ECJ's Judgment in the ATA Case», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61/4, 2012, pp. 977-991; J. ODERMATT, «Case C-366/10, Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 20/1, 2013, pp. 143-165; B. MAYER, «Case C-366/10, Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 21 December 2011», *Common Market Law Review*, Vol. 49/3, 2012, pp. 1113-1139.

¹¹⁴ Asunto C-364/10, *Hungría v. Eslovaquia – caso 'Presidente de Hungría'*, STJ 16 octubre 2012, ECLI:EU:C:2012:630, párrafo 51. Sobre este caso, vide K. KECSMAR, «Le Président de la République de Hongrie n'est pas un citoyen de l'Union comme les autres?», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 581, 2014, pp. 479-485; L. S. ROSSI, «EU Citizenship and the Free Movement of Heads of State: Hungary v. Slovak Republic», *Common Market Law Review*, Vol. 50/5, 2013, pp. 1451-1465.

¹¹⁵ *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 20 diciembre 1980, párrafo 37. Vide C. M. BRÖLMANN, «The Significance of the 1980 ICJ Advisory Opinion Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the Who and Egypt», C. RYNGAERT / I. DEKKER / R. WESSEL / J. WOUTERS (Eds.), *Judicial Decisions on the Law of International Organizations*, Oxford, University Press, 2016, pp. 245-254.

¹¹⁶ Asunto C-327/91, *Francia vs. Comisión*, op. cit. Vide, igualmente, O. CASANOVAS LA ROSA, «La competencia de la Comisión para concluir acuerdos internacionales. (Comentario a la sentencia del TJCE de 9 de agosto de 1994 República Fran-

2. El valor de la Carta de Naciones Unidas

37. Todos los Estados miembros de la Unión son, además, miembros de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas limita únicamente el acceso a los «Estados», lo que impide que la Unión pueda ser miembro. Aunque no parece factible, tampoco sería imposible que la UE se adhiriese si la Carta de la ONU se modificase en términos similares a como lo ha hecho el Convenio Europeo de Derechos Humanos (que ya permite esta eventualidad)¹¹⁷. En todo caso, si el Tratado en cuestión así lo permite, la UE podría adherirse a un acuerdo internacional auspiciado por la propia ONU, práctica que ya ha sido iniciada también por parte de otras organizaciones internacionales, como el Consejo de Europa.

38. Por otro lado, los Estados miembros están obligados a respetar la Carta de la ONU en virtud del artículo 103 de la Carta y en razón del propio artículo 351 TFUE. Hay que recordar que éste último otorga prioridad a los tratados internacionales anteriores. Por su parte, el referido artículo 103 establece una suerte de súper-cláusula de primacía del Derecho de la ONU (incluyendo la Carta) al establecer que «[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta»¹¹⁸.

39. La relación entre el Derecho de la ONU y el de la UE fue objeto de análisis por parte del Tribunal de Justicia en el ya mencionado caso *Kadi*, en el que un individuo impugnaba la legalidad de los reglamentos de la Unión que ordenaban la congelación de sus cuentas para dar efecto a una resolución sancionadora adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU que, según el recurrente, se había adoptado sin respetar sus derechos fundamentales tal y como estaban protegidos por el Derecho de la UE. En ese supuesto, el Tribunal de Justicia, en contra de lo dictaminado por el Tribunal de Primera Instancia, determinó que los tribunales de la Unión debían revisar la legalidad de todos los actos de la Unión a la luz de los derechos fundamentales, incluyendo aquellos actos que pretendan dar efecto a una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU¹¹⁹.

cesa c. Comisión, asunto C-327/91)», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 22, 1995, pp. 533-553; J. KINGSTON, «External Relations of the European Community - External Capacity versus Internal Competence», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44/3, 1995, pp. 659-670.

¹¹⁷ Vide el *Protocolo N° 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el sistema de control del Convenio*, Council of Europe Treaty Series No. 194, 13.V.2004, que modifica el artículo 59 del Convenio estableciendo que «La Unión Europea puede adherirse a este Convenio», disponible en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194> (última consulta: 1 julio 2017).

¹¹⁸ Vide el *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América) (Competencia y admisibilidad)*, Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 26 noviembre 1984, *International Court of Justice Reports*, 1984, pp. 392-443, párrafo 197. Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre esta cuestión en los casos *Behrami vs. Francia* (recurso núm. 71412/01) y *Saramati vs. Francia, Alemania y Noruega* (recurso núm. 78166/01), Decisión del TEDH de 2 mayo 2007, párrafo 147.

¹¹⁹ Aunque esta jurisprudencia partió de dos casos separados (*Kadi I Yusuf*), las sentencias son idénticas y son comúnmente citadas por la doctrina como la primera decisión *Kadi* (o *Kadi I TPI*): asunto T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:331] y asunto T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332]. Las críticas a esta jurisprudencia (*Kadi I TPI*) son numerosas y generalizadas en la doctrina. Así, entre otros, vide B. KUNOY / A. DAWES, «Plate tectonics in Luxembourg: The ménage à trois between EC law, international law and the European Convention on Human Rights following the UN sanctions cases», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 73-104. No obstante, para un comentario que califica esta jurisprudencia de «valiente» y que establece una «construcción equilibrada», vide C. TOMUSCHAT, «Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005», *Common Market Law Review*, Vol. 43/2, 2006, pp. 537-551, especialmente, p. 551. La sentencia que operó la auténtica revolución fue la que resolvió los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas (Kadi I TJ)*, STJ 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461]. Para un estudio en profundidad de esta jurisprudencia, vide L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., pp. 353-398. La segunda parte de la saga, de menor importancia desde el punto de vista jurisprudencial (aunque vino a confirmar y matizar en parte la sentencia anterior), comienza con *Kadi II TG* o el asunto T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi contra Comisión Europea*, STG 30 septiembre 2010 [ECLI:EU:T:2010:418]; y acaba

40. El Tribunal de Justicia también consideró que, con ser cierto que la UE debe respetar el Derecho internacional, y en particular el Derecho emanado de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus competencias, no existía base jurídica en los Tratados que justificasen el argumento según el cual las medidas adoptadas en desarrollo de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU gozan de inmunidad de jurisdicción, es decir, no están sujetas al control de legalidad por parte de los tribunales de la UE¹²⁰. Además, -proseguía diciendo el alto Tribunal-, el control que ejerce el Tribunal sobre la validez de una medida de la UE a la luz de los derechos fundamentales es una garantía constitucional derivada de los Tratados que no puede ser menoscabada por las provisiones de un acuerdo internacional, ni siquiera por aquellas emanadas de la Carta de las Naciones Unidas¹²¹. En ese sentido, el hecho de que el Tribunal de Justicia tratase la Carta de la ONU, al menos en lo que respecta a su relación con el Derecho de la UE, de la misma manera que a cualquier otro tratado internacional, respondería en el fondo a una concepción según la cual el ordenamiento jurídico de la UE y el internacional operan en planos separados por lo que sus relaciones estarían reguladas por el propio ordenamiento de la UE. De este modo, el Tribunal de Justicia ha denegado efectos en el seno de la UE a acuerdos internacionales adoptados en virtud de una base jurídica equivocada¹²², o por violación de la obligación de cooperación leal¹²³ o por contrariar los principios generales del Derecho¹²⁴. Así pues, según esta jurisprudencia, no habría razón para sostener que las disposiciones adoptadas conforme a la Carta de Naciones Unidas, al igual que las normas constitucionales nacionales, pudiesen venir a cuestionar o afectar a la naturaleza, significado o primacía de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento de la UE.

41. Finalmente, incluso si el ordenamiento jurídico de la UE pudiera otorgar a las resoluciones del Consejo de Seguridad un cierto efecto de primacía sobre sus propias normas, algo que el Tribunal ciertamente deja abierto, dicha primacía alcanzaría únicamente a los actos de Derecho derivado y no al Derecho primario u originario, incluidos los principios generales del Derecho, entre los que se cuentan los derechos fundamentales¹²⁵.

V. Epílogo: “¡la UE soy yo!”

42. El análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia, desde *Van Gend en Loos* hasta la saga *Kadi*, permite observar la evolución «constitucionalizante» de este tribunal supranacional y permite trazar algunos paralelismos con sus homólogos nacionales. Aunque ese análisis pormenorizado se ha hecho en otras obras, aquí nos hemos detenido en el encaje del Derecho internacional en el sistema de fuentes de la UE, tal y como lo entiende el Tribunal¹²⁶.

con la que aquí hemos llamado *Kadi II TJ* o los asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión Europea y otros vs. Yassin Abdullah Kadi*, STJ 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518]. Para análisis contextualizado de esta última jurisprudencia, vide L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit., pp. 197-232.

¹²⁰ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, op. cit., párrafo 291.

¹²¹ *Ibidem*, párrafos 316-317.

¹²² Asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *Parlamento vs. Consejo - PNR*, op. cit.

¹²³ Asunto C-25/94, *Comisión vs. Consejo*, STJ 19 marzo 1996, ECLI:EU:C:1996:114, párrafos 40-51. Vide N. BURROWS, «Coreper, Competence and Conservation», *European Law Review*, Vol. 22/1, 1997, pp. 64-67.

¹²⁴ Asunto C-122/95, *Alemania vs. Consejo*, STJ 10 marzo 1998, ECLI:EU:C:1998:94. Vide S. PEERS, «Constitutional Principles and International Trade», *European Law Review*, Vol. 24/2, 1999, pp. 185-195.

¹²⁵ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, op. cit., párrafo 308. Igualmente, El Abogado General, Poiares MADURO, por su parte, ya había sentado las bases para defender la supremacía última de los «principios constitucionales» de la CE/UE sobre el Derecho internacional y la competencia del Tribunal de Justicia para entender de violaciones de derechos (reconocidos en la CE/UE) producidas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (Conclusiones del Abogado General Sr. P. MADURO, presentadas el 16 enero 2008 en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi vs. Consejo*, ECLI:EU:C:2008:11, párrafos 24 y 38.

¹²⁶ Así, por ejemplo, vide L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit.

43. El punto de partida en la jurisprudencia del TJ en este sector consiste en que siempre ha defendido una concepción monista del ordenamiento y el respeto escrupuloso del Derecho internacional, sin plantearse inicialmente un control de validez de éste. Sin embargo, a medida que la UE ha ido mutando a una suerte de auténtico poder público supranacional, comenzaron a apreciarse matices, hasta llegar al momento en el que, al igual que sus homólogos nacionales, se niega a permitir los efectos de una norma origen internacional que pueda afectar a los derechos fundamentales que se ha comprometido a defender. La conclusión sería, pues, que el Tribunal de Justicia reconoce la obligación que tiene la UE de respetar el Derecho internacional¹²⁷, pero establece la condición de que ese Derecho internacional ha de respetar los principios constitucionales de los Tratados, particularmente en lo que respecta a los derechos fundamentales¹²⁸.

44. Por otro lado, tal y como se ha visto en el reciente dictamen 2/15 (que recae sobre el primero de los tratados de libre comercio de nueva generación), el Tribunal se ha decantado por una concepción muy purista de los acuerdos mixtos, observándose una tendencia a declarar como tales aquellos en los que pueda haber la más mínima duda. Esta actitud tan deferente y casi escrupulosa, podría esconder un mecanismo de defensa de su propia autonomía frente a futuras injerencias. Así, el Tribunal podría estar protegiéndose frente a un posible control *a posteriori* por parte de tribunales constitucionales nacionales que, a través de algún procedimiento de control incidental, pudieran arrogarse alguna capacidad de interpretación de dichos acuerdos.

45. Finalmente, lo que parece claro leyendo decisiones como el dictamen 2/13 (adhesión de la UE al CEDH) es que el TJ es más celoso que nunca de su autonomía. Pero como ha puesto de manifiesto algún autor, con esta actitud el Tribunal refuerza una concepción pluralista del ordenamiento, mostrando que se siente más cómodo en un contexto en el que el diálogo judicial ha de suplir las ausencias de regulación de conflictos interordinamentales, lo que le llevaría a una auténtica «autarquía jurídica»¹²⁹. Así pues, más que de la autonomía del Derecho de la UE, el TJ se habría erigido en adalid de la «autonomía del diálogo judicial» en el que él mismo juega el papel preponderante. La obsesión del TJ parece pues que es la defensa de su autonomía como principio constitucional básico, incluso más allá de la letra de los Tratados¹³⁰. El Tribunal se ha convertido, así, en el cronista de su propia historia.

¹²⁷ Asunto C-62/96, *Racke/Hauptzollamt Mainz*, *op. cit.*, por ejemplo.

¹²⁸ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, *op. cit.*

¹²⁹ P. ECKHOUT, «Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky», *op. cit.*, p. 992.

¹³⁰ Me refiero con esto a la crítica habitual que se ha hecho del Dictamen 2/13, donde el Tribunal parece obviar el principio básico de partida: que los Tratados establecen la necesidad de que la UE se adhiera al Convenio.

SOBRE LOS FUNCIONARIOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL: LOS TRIBUTOS COMO COTIZACIONES SOCIALES A EFECTOS DEL TJUE

ISSUES ABOUT OFFICIALS OF THE EUROPEAN UNION AND ITS SOCIAL SECURITY REGIME: TAXES AS SOCIAL CONTRIBUTIONS TO THE EFFECTS OF THE CJEU

THAIS GUERRERO PADRÓN

Prof. Contr. Dra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

orcid ID: 0000-0002-4814-6266

Recibido: 15.07.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3877>

Resumen: La obligatoria integración y cotización de los funcionarios de la UE en un régimen de seguridad social propio, netamente comunitario, al margen de la competencia estatal y no afectado por el Reglamento de coordinación en seguridad social, les libera de sufragar las prestaciones de seguridad social de su país. El TJUE rechaza que un Estado miembro pueda imponer al funcionario de la UE, con domicilio fiscal en este país, la obligación de pagar ciertos impuestos que gravan sus rentas inmobiliarias, cuando van destinados a financiar determinadas prestaciones de la seguridad social nacional, de lo que se deduce que para el TJUE todo recurso que contribuye a la seguridad social, sea cual sea su naturaleza jurídica, es considerado en sentido amplio “cotización de seguridad social”.

Palabras clave: libre circulación de trabajadores, seguridad social, funcionarios de la Unión Europea, tributos, cotización.

Abstract: The officials of the European Union are compulsorily affiliated and subject to the contributions of the social security scheme of the EU institutions. Such scheme lies outside the jurisdiction of the Member States and it is unaffected by the Regulation on the coordination of social security systems. In consequence, the officials of the European Union are exempted from defraying the national social security benefits. In this way, the imposition from a Member State to the official, whose domicile for tax purposes is in that country, to pay some contributions and social levies in respect of income from real estate, is rejected by the CJEU when they are allocated for the funding of the social security scheme of that same Member State. It follows that every source used to pay social security is broadly considered by the Court of Justice as a “social security contribution”, in spite of its legal nature.

Keywords: free movement of workers, social security, officials of the European Union, taxes, social security contribution.

Sumario: I. Introducción. II. Funcionario de la Unión Europea: “trabajador migrante” titular de la libre circulación. 1. Noción de trabajador titular de la libre circulación. 2. El trabajador en las normas de coordinación de la seguridad social. 3. Funcionario de la UE como trabajador de la libre circulación. 4. Aspectos de seguridad social de los funcionarios de la UE. 5. Coordinación bilateral del régimen de pensiones de los funcionarios de la UE y del Estado miembro. 6. Régimen impositivo aplicable a los funcionarios de la UE. III. Seguridad social. 1. La dimensión terminológica de la seguridad social. 2. Seguridad social y asistencia social. 3. Prestaciones por vía tributaria vs prestaciones de seguridad social. IV. Fuentes financieras de la seguridad social. 1. El asunto Lobkowicz. 2. Cotizaciones y aportaciones del Estado. V. Reflexión final: cotización y tributos en el Derecho comunitario.

I. Introducción

1. El personal al servicio de la Administración de la Unión Europea está sometido a un régimen jurídico propio netamente comunitario, que escapa a la competencia de los Estados miembros, quedando al margen de las reglas de coordinación comunitarias en materia de seguridad social. Esta situación jurídica especial no obstante puede plantear problemas cuando el Estado miembro, aplicando su normativa interna, incide en campos cuya titularidad competencial dominante no está absolutamente clara.

2. De este tenor resulta paradigmática la sentencia del TJUE dictada en el asunto *Lobkowicz*¹. Se plantea la situación de un ciudadano de nacionalidad francesa y con domicilio fiscal en Francia, funcionario de la Comisión Europea desde 1979 hasta su jubilación en enero de 2016. Durante los ejercicios 2008 a 2011, según la sentencia, los rendimientos inmobiliarios percibidos en su país fueron sometidos a una serie de gravámenes e impuestos de acuerdo con la legislación nacional, afectos éstos a la financiación de determinadas prestaciones de la seguridad social francesa. El interesado, desde su condición de funcionario de la UE, apreciando la existencia de una duplicidad contributiva, solicita la exención de pago ante la correspondiente instancia judicial nacional, con la evolución que consta.

3. La peculiaridad del supuesto estriba no sólo en las consideraciones del estatuto jurídico del interesado por su condición de funcionario al servicio de la Comisión europea, sino especialmente por la afectación de las contribuciones mencionadas bajo la calificación de “impuesto”, a la financiación de una protección específica de la seguridad social francesa. Sostiene la sentencia, en síntesis, que toda carga o gravamen (impuesto o aportación ad hoc derivada del salario laboral o cotización), cuya finalidad consista en subvenir a un gasto integrado o integrable en la esfera de la seguridad social, libera al funcionario de abonar cuota alguna de seguridad social fuera de la establecida en la normativa especial que le es aplicable, es decir, el Estatuto de los Funcionarios de la UE.

4. La exégesis del tema revela aspectos de diferente signo y calado, relacionados, en primer término, con la titularidad del derecho a la libre circulación de los trabajadores referido a un colectivo como el de los funcionarios de la UE y, derivadamente, la posible aplicación y reflexiones sobre las normas comunitarias de coordinación en materia de seguridad social, determinante necesariamente el análisis –siquiera en sus aspectos más sustanciales– del régimen de seguridad social propio de los funcionarios en concurrencia con otras disposiciones ajenas de ámbito y naturaleza fiscal.

5. Con todo, la cuestión nuclear gira en torno a la financiación de la seguridad social hoy y la cobertura de otras prestaciones y servicios integrados o no en la esfera de la seguridad social, satisfechos mediante impuestos especiales o generalizados, destacando las divergencias existentes entre las nociones nacionales y comunitaria de cotización, mejor aportación o contribución al sostenimiento de las cargas de seguridad social, cuestión que nos llevaría al análisis y diferencias entre tributo y cotización en su concepción tradicional.

II. Funcionario de la Unión Europea: “trabajador migrante” titular de la libre circulación

6. Interesa, como cuestión previa, determinar la posición jurídica de las personas que prestan servicios para las instituciones de la UE en el contexto de la libre circulación que consagra el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea² (en adelante TFUE): ¿tienen los funcionarios de la Unión la consideración de “trabajadores migrantes” a los efectos del art. 45 del TFUE? Una respuesta afirmativa llevaría a considerar ineludiblemente si a los mismos es aplicable el art. 48 TFUE y, en consecuencia, las reglas comunitarias en materia de coordinación de seguridad social.

¹ STJUE de 10 mayo 2017, *Lobkowicz*, C-690/15, EU:C:2017:355.

² Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001-0390.

1. Noción de trabajador titular de la libre circulación

7. La libre circulación de personas constituye uno de los fundamentos de la Unión Europea. Aparece regulado como un derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE³ enunciado en los siguientes términos: “Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro” (art. 15.2). La libre circulación de personas comprende específicamente a los trabajadores por cuenta ajena y, en relación con el derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios, a los trabajadores por cuenta propia.

8. Tratándose de trabajadores asalariados que desarrollan una actividad en régimen de dependencia y ajenidad, la libre circulación permite garantizar la posibilidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo del trabajador migrante, incluso favorecer su promoción profesional, al tiempo que satisface las necesidades de la economía de los Estados miembros, (considerando 4 del Reglamento (UE) n° 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión⁴). Se concibe como un derecho subjetivo que el trabajador migrante ostenta frente a los demás sujetos del Derecho comunitario, sean las propias instituciones, los Estados miembros o incluso entes o personas privadas⁵. Quedan excluidos de esta parcela jurídica los trabajadores autónomos o por cuenta propia, cuya libertad de circulación se incardina en la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, y expresamente⁶ los “empleos en la Administración pública” nacional, permitiendo de este modo a los Estados miembros proteger sus intereses mediante la posibilidad de limitar la admisión de nacionales de países extranjeros a determinadas actividades en la Administración pública⁷, “que presuponen, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad”⁸. Sin embargo, esta excepción no opera de manera absoluta, de modo que, una vez admitido al servicio de la Administración pública de un Estado miembro, el art. 45.4 del TFUE no puede tener el efecto de privar al trabajador de lo dispuesto en dicho art. 45 TFUE⁹.

9. El derecho de la libertad de circulación entraña garantizar a los trabajadores migrantes de los países miembros el ejercicio de una serie de derechos sin sufrir discriminación a causa de su nacionalidad. La búsqueda de un empleo en otro país comunitario, responder a ofertas efectivas de trabajo y desplazarse libremente en el territorio de los países miembros a tal fin, residir en uno de los Estados de la Unión para ejercer en él un empleo, disfrutar de las mismas condiciones laborales y de empleo que los nacionales del país de acogida y la posibilidad de permanecer en el otro Estado miembro tras haber ejercido en él un empleo, son manifestaciones que integran la libre circulación. El ejercicio de la libre circulación en condiciones objetivas de libertad y dignidad exige garantizar de hecho y de derecho la igualdad de trato en todo lo referente al desarrollo de una actividad asalariada, el acceso a la vivienda, la sanidad, la escolaridad, etc eliminando los obstáculos a la movilidad de trabajadores que derivan, en concreto, del derecho del trabajador a reunirse con su familia y a las condiciones de integración de ésta en la sociedad del país de acogida¹⁰.

10. La libre circulación de trabajadores así concebida se completa con medidas dirigidas a remover los obstáculos e impedimentos que para los trabajadores y los miembros de su familia representa la existencia de distintas normativas nacionales de seguridad social. La publicación del Reglamento

³ Diario Oficial n° C 202, 7.6.2016, p. 389-405.

⁴ Diario Oficial n° L 141, 27.5.2011, p. 1-12.

⁵ En este sentido, D. LÓPEZ GARRIDO, *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 41.

⁶ Apartado 4 del art. 45 TFUE.

⁷ STJUE 12 febrero 1974, *Sotgiu*, 152/73, EU:C:1974:13.

⁸ STJUE de 17 diciembre 1980, *Comisión c. Bélgica*, 149/79, EU:C:1980:297.

⁹ STJUE de 22 junio 2017, *Bechtel*, C-20/16, EU:C:2017:488.

¹⁰ STJUE de 13 julio 1983, *Forcheri*, 152/85, EU:C:1983:205.

(CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social¹¹ y el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del anterior¹² con base en el art. 48 TFUE (antiguo art. 42 TCE), resultan esenciales para garantizar a los ciudadanos comunitarios la libre movilidad por el territorio de la Unión, sin perder los derechos de seguridad social, ni sufrir una reducción de la cuantía de éstas por haber ejercitado el derecho a la libre circulación que les reconoce el Tratado¹³.

11. Aunque existe una conexión evidente entre la libre circulación de trabajadores y la coordinación de las normativas de seguridad social de los Estados miembros, el ámbito de aplicación personal en uno y otro caso no es absolutamente coincidente, lo que resulta patente, de manera especial en el tratamiento de los funcionarios de la UE.

12. La jurisprudencia comunitaria ha ido perfilando una noción de trabajador de contenido y alcance comunitarios que define el campo de aplicación de la libre circulación de trabajadores, concepto autónomo respecto de las definiciones que pudieran existir en el ámbito legislativo interno de los países miembros¹⁴. El TJUE ha interpretado con enorme laxitud ese término “en la medida en que define el ámbito de aplicación de una libertad fundamental prevista por el TFUE”¹⁵, siendo las notas que clásicamente caracterizan la relación laboral las utilizadas para identificar, en el contexto de la libre circulación, al trabajador por cuenta ajena como aquella persona que durante cierto tiempo ejecuta, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución, no pudiendo “existir excepciones a esa libertad que se basen bien en el objeto de la actividad desarrollada por el trabajador bien en las modalidades y en los plazos temporales en los que la actividad misma es o debe ser ejercida”¹⁶.

No empece la noción comunitaria de trabajador migrante la adjetivación que reciba a través de la prestación de servicios, sea por el tipo de actividad desempeñada, el sector profesional en que se encuadre, la modalidad contractual y los plazos temporales de ejecución de la prestación laboral, la duración del empleo, el carácter intermitente de los servicios, una prestación de trabajo a domicilio o tratarse de un trabajador fronterizo. En la amplitud consustancial al concepto de trabajador de la libre circulación resulta evidente la equiparación de “actividad económica” y “actividad remunerada”¹⁷, quedando únicamente fuera de esa noción aquellas actividades que pudiéramos calificar como marginales en cuanto no reales y efectivas¹⁸, o las que no generen contraprestación económica.

¹¹ DO L 166 de 30.4.2004, p. 1.

¹² Diario Oficial nº L 284, 30.10.2009, p.1.

¹³ En este sentido, STJUE de 9 noviembre 2006 *Nemec*, C-205/0, EU:C:2006:705. En la misma línea, la STJUE de 20 septiembre 1994, *Drake*, C-12/93, EU:C:1994:336, apuntaba que “el objetivo de los artículos 48 a 51 del Tratado (actuales 45 a 48) no se lograría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder las ventajas de Seguridad Social que les otorga la legislación de un Estado miembro; dicha consecuencia podría disuadir al trabajador comunitario de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo a dicha libertad”.

¹⁴ De este modo se evitaba la situación de inseguridad jurídica que supondría permitir que los Estados miembros frustrasen el alcance y la finalidad del Derecho comunitario modificando unilateralmente el contenido de la noción de trabajador y eliminando a su antojo la protección que el aquél dispensa a determinadas categorías de personas. STJUE 19 marzo 1964, *Unger*, 75/63, EU:C:1964:19; STJUE 11 julio 1985, *Danmols Inventar*, 105/84, EU:C:1985:331; STJUE 30 enero 1997, *Jaeck*, C-340/94, EU:C:1997:43.

¹⁵ STJUE 21 febrero 2013, *N.*, C-46/12, EU:C:2013:97.

¹⁶ F. POCAR, *Derecho Comunitario del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1988, p. 61.

¹⁷ A. M. DASTIS QUECEDO, “La Libre Circulación de Trabajadores”, *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, 1989, p. 294.

¹⁸ Se planteó ante el TJUE si entraba en el concepto de trabajador la persona que realizaba una actividad por cuenta ajena en un régimen de jornada a tiempo parcial tan reducida que la contraprestación económica por sus servicios no alcanzaba siquiera el salario mínimo general establecido en el Estado miembro de residencia o el importe mínimo de subsistencia fijado por éste, precisando para subvenir a sus necesidades una ayuda complementaria con cargo a la asistencia social del Estado de residencia. La respuesta del TJUE fue contundente: si pese a todo, se trata de una actividad real y efectiva y no marginal o accesorio, entra en el concepto comunitario de “trabajador”. STJUE 3 julio 1986, *Lawrie Blum*, 66/85, EU:C:1986:284; STJUE 3 junio 1986, *Kempf*, 139/85, EU:C:1986:223; STJUE 23 marzo 1982, *Levin*, 53/81. EU:C:1982:105

2. El trabajador en las normas de coordinación de la seguridad social

13. La protección social del trabajador por algún régimen nacional de seguridad social de un Estado miembro preverá que los trabajadores migrantes queden comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004, con el objetivo esencial de garantizar a estos trabajadores y a sus familiares la consolidación de los derechos de seguridad social cuando ejercitan la libre circulación.

El ámbito subjetivo del Reglamento sobre coordinación legislativa en materia de seguridad social se extiende, más allá del colectivo mencionado, a otras categorías de personas excluidas de la libre circulación de trabajadores del art. 45 TFUE, encarnadas básicamente por los trabajadores que actúan por cuenta propia, siempre que hayan estado sujetos a la legislación de seguridad social de uno o varios Estados miembros y sean nacionales de alguno de ellos, con residencia en el territorio de algún país comunitario (art. 2.1 del Reglamento 883/2004). El criterio determinante es, por tanto, la vinculación de la persona como “asegurada” en un régimen de seguridad social de un Estado miembro, y además que proteja de las contingencias previstas en las ramas de seguridad social que contempla el art. 3.1 del Reglamento 883/2004.

Podría concluirse que, a efectos de la coordinación de seguridad social, la noción de trabajador “desborda las exigencias de la libre circulación de trabajadores regulada en el Tratado, puesto que prescinde de lo que podríamos denominar el *aspecto profesional transfronterizo*”¹⁹ para centrarse en la condición de “asegurado” bajo la legislación de seguridad social de algún Estado miembro.

3. Funcionario de la Unión Europea como trabajador titular de la libre circulación

14. Las características identificativas de la noción comunitaria de “trabajador”, a efectos de la libre circulación, son predicables del funcionario que presta servicios para la Administración de la Unión Europea. Las notas de ajenidad, dependencia y retribución caracterizan, sin duda, la relación jurídica que vincula al funcionario con la institución comunitaria. La condición de trabajador “migrante” la ostentará en la medida que sea un ciudadano de la UE que realiza esa actividad en otro país miembro diferente a su Estado de origen, sin que a ello obste el hecho de ocupar un empleo en una organización internacional, ni siquiera si las condiciones de su ingreso y residencia en el país de empleo están regidas de modo particular por un convenio internacional²⁰.

15. La situación jurídica de los funcionarios comunitarios en el Estado miembro donde están destinados forma parte del ámbito político administrativo del TFUE en un doble sentido: por la relación de empleo que mantienen con la Unión²¹ y por ser beneficiarios de los derechos y ventajas sociales que conlleva la libre circulación para los trabajadores migrantes de los Estados miembros²². Sería contrario al Derecho comunitario denegar al funcionario de la UE, como trabajador nacional de un Estado miembro, tales derechos y ventajas sociales derivadas de la normativa comunitaria que consagra y desarrolla la libertad de circulación.

16. Cuestión diferente es la situación del trabajador que ha desarrollado su actividad profesional dentro del territorio de un Estado miembro, primero al servicio de una empresa y luego como funcionario de la UE²³. Realmente, no tiene la consideración de trabajador “migrante” por cuanto que ha centralizado sus actividades profesionales en un solo Estado miembro, sin ejercer el derecho de libre circulación

¹⁹ Vid C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Español y comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 327, 2002, pp. 57-58.

²⁰ STJUE de 3 de octubre de 2000, *Ferlini*, C-411/98, EU:C:2000:530.

²¹ La relación de empleo de los funcionarios comunitarios con la UE determina que su situación jurídica en lo relativo a sus obligaciones de seguridad social entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, aspecto que sin duda deben respetar los Estados miembros, como no puede ser de otra manera, “al ejercer su competencia en materia de organización de sus sistemas de seguridad social”. STJUE, 13 julio 1983, *Forcheri*, 152/85, EU:C:1983:205.

²² Por alusión al Reglamento nº 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, que sustituye al anterior núm. 1612/68. STJUE, 13 julio 1983, *Forcheri*, 152/85, EU:C:1983:205.

²³ STJUE de 5 junio 1997, as. acumulados *Uecker y Jacquet*, C-64/96 y C- 65/96, EU:C:1997:285.

para desplazarse al territorio de otro diferente con objeto de ejercer en él cualquiera de esas actividades profesionales. El Derecho comunitario sobre libre circulación no resulta de aplicación a situaciones puramente internas de un Estado miembro, rechazando en consecuencia el Tribunal de Justicia la ficción jurídica²⁴ conforme a la cual se asimilaría la actividad laboral en un servicio público internacional como la UE al período de actividad prestado en el servicio público de otro Estado miembro²⁵.

4. Aspectos de seguridad social de los funcionarios de la UE

17. Siendo el funcionario de la UE trabajador migrante titular del derecho a la libre circulación, sin embargo no se reputa trabajador en el sentido del Reglamento 883/2004²⁶ porque carece de la condición de asegurado en un régimen nacional de seguridad social. En consecuencia, los principios resultantes de la coordinación normativa de seguridad social que contempla el Reglamento mencionado no son de aplicación a los funcionarios de la UE.

Los funcionarios de la UE y los miembros de sus familias están obligatoriamente integrados en el sistema de seguridad social de las instituciones de la UE, que cuenta con un régimen jurídico propio no afectado por el Reglamento de coordinación de seguridad social.

18. El Protocolo número 7 sobre privilegios e inmunidades de la UE, anejo a los Tratados UE, FUE y CEEA²⁷, atribuye a las instituciones comunitarias la competencia exclusiva para determinar, mediante reglamentos, el régimen de las prestaciones sociales aplicables a los funcionarios de la Unión. En ejercicio de esa competencia, se aprueba el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) n° 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de estas Comunidades²⁸, cuya finalidad es facilitar la contratación de funcionarios comunitarios, garantizarles una cobertura social completa y homogénea, y establecer su nivel de contribución en aquéllos regímenes, desconectado de las normas reguladoras de la seguridad social aplicables en su Estado miembro de origen.

19. No solo se ha sustraído de las competencias de los Estados miembros la facultad de ordenar y controlar la integración y contribución de los funcionarios de la Unión en un régimen nacional de seguridad social²⁹, sino que, aunque este régimen nacional aduzca el principio de solidaridad entre residentes de un Estado miembro, igualmente el Reglamento previene y establece que la seguridad social de los Funcionarios de la UE vincula y obliga a todos los Estados miembros en la medida en que su participación resulte necesaria para aplicarlo³⁰. Así se deduce de la técnica jurídica de este tipo de normas (art. 288 TFUE) y de las notas que los caracterizan (alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros), aparte de desplegar sus efectos en el orden interno de la Administración de la Unión,

La normativa especial establecida para los funcionarios de la UE en materia de seguridad social persigue garantizar la igualdad de trato entre los funcionarios al servicio de las instituciones de la UE

²⁴ Propuesta por la Comisión en la STJUE de 16 diciembre 2004, *My*, C-293/03, EU:C:2004:821.

²⁵ El TJUE ha manifestado reiteradamente que el ámbito de aplicación del art. 45 TFUE comprende al nacional de la Unión que haga uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en un Estado miembro distinto de aquel del que es originario, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad. Asimismo está comprendido dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición un nacional de la Unión que trabaje en un Estado miembro diferente de su Estado de origen y que haya aceptado un empleo en una organización internacional. Por todas, STJUE 4 julio 2013, *Gardella*, C-233/12, EU:C:2013:449.

²⁶ STJUE de 3 de octubre de 2000, *Ferlini*, C-411/98, EU:C:2000:530.

²⁷ El Protocolo tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. En este sentido, Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 6 de diciembre de 2016, as. *Lobkowicz*, EU:C:2016:926.

²⁸ DOUE L 56, 4.3.1968, pp 1-7.

²⁹ Como señala el TJUE, “si bien los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social, deben no obstante respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y al derecho de establecimiento”. Sentencia de 1 abril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon y Gouvernement flamand*, C-212/06, EU:C:2008:178.

³⁰ STJUE 4 febrero 2015, *Melchior*, C-647/13, EU:C:2015:54.

que ostentan distintas nacionalidades, y evitar que puedan estar obligados a contribuir a financiar más de un régimen de seguridad social³¹.

20. Al margen, por tanto, del Reglamento 883/2004 y de los respectivos regímenes de seguridad social de los Estados miembros, el Estatuto de los Funcionarios de la UE contempla un régimen común de seguro médico que protege frente a los riesgos de enfermedad común, enfermedad profesional y accidentes. Igualmente regula un régimen de pensiones que comprende las de jubilación, muerte y supervivencia y asignaciones por invalidez, fijando condiciones sumamente ventajosas para sus beneficiarios. Adicionalmente existe un conjunto de asignaciones de carácter complementario e índole familiar (asignaciones familiares, por hijo a cargo, por escolaridad y por nacimiento de hijo, arts 67 y 74 del Estatuto), de naturaleza cuasi salarial e incompatibles con otras de la misma naturaleza, reconocidas en favor de los funcionarios, sus beneficiarios y los pensionistas y perceptores de asignaciones por invalidez.

21. Las medidas de protección social a que nos referimos son financiadas con las contribuciones de los funcionarios y las aportaciones de la propia UE con cargo al presupuesto comunitario, garantizando los Estados miembros colectivamente el pago de las pensiones según una escala de reparto (art. 83.1 Estatuto). Para la financiación del Régimen común de seguro médico, el Estatuto prevé que el afiliado sufrague un tercio de la contribución necesaria para asegurar la cobertura por enfermedad, con el límite del 2% de su sueldo base (art. 72), participando obligatoriamente hasta el tope del 0,1% de su sueldo base para la cobertura de los accidentes y enfermedades profesionales (art. 73). La financiación del régimen de pensiones requiere un esfuerzo mayor, contribuyendo los funcionarios con un tercio del coste de tal régimen, fijándose un porcentaje de contribución variable cada año³² sobre el sueldo base del interesado y deduciéndose mensualmente la cuota de su retribución (art. 83.2).

22. Bajo el régimen común de seguro médico, los funcionarios de la Unión Europea (y sus familiares en determinadas condiciones) están protegidos frente al riesgo de enfermedad (art 72 del Estatuto), que no comprende directamente prestaciones de asistencia sanitaria³³ sino el reembolso por los gastos médicos ocasionados y sufragados por el interesado hasta el límite del 80%, porcentaje que se incrementa al 85% para determinadas prestaciones (consultas, intervenciones quirúrgicas, etc.) e incluso cubriendo totalmente el gasto en casos de enfermedad grave. Los empleados públicos en activo afiliados a ese Régimen también están protegidos contra los riesgos de accidente y enfermedades profesionales desde su incorporación al servicio, cubriendo determinados gastos médicos y teniendo derecho a las prestaciones derivadas en caso de muerte e incapacidad permanente total y parcial. Asimismo, el Estatuto prevé indemnizaciones por gastos de sepelio (art. 75) y la concesión en favor del funcionario de “donaciones, préstamos o anticipos” cuando se encuentre en situaciones particularmente difíciles como consecuencia de una enfermedad grave o prolongada, o debido a circunstancias familiares (art. 73). Y del mismo modo, el Anexo X contempla la existencia de un seguro de enfermedad complementario que cubra la diferencia entre los gastos realmente ocasionados y las prestaciones previstas en el art. 72 del Estatuto; la “prima” de su financiación será compartida por el afiliado y la propia institución (art. 24).

23. El régimen de pensiones contempla asignaciones por invalidez, pensiones de jubilación y pensiones de muerte y supervivencia (viudedad, orfandad), con desarrollo en el Anexo VIII del Estatuto.

³¹ En este sentido, Conclusiones del Abogado General presentadas el 6 de diciembre de 2016, as. *Lobkowicz*, EU:C:2016:926.

³² A partir del 1 de julio de 2013 se fija en un 10,9 %, según el Reglamento (UE) n° 1201/2014 del Consejo, de 7 de noviembre de 2014, por el que se adapta, con efectos a partir del 1 de julio de 2011, 1 de julio de 2012 y 1 de julio de 2013, el porcentaje de la contribución al régimen de pensiones de los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea. Diario Oficial L 325, 8.11.2014, p.1.

³³ Este aspecto encuentra desarrollo en la reglamentación relativa a la cobertura de los riesgos de enfermedad de los funcionarios de las Comunidades Europeas, bajo el principio de libre elección de facultativo y centro sanitario. Vid al respecto J.A. FUENTETAJA PASTOR, *Función pública comunitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp.462 y ss.

El funcionario menor de 65 años que haya visto reducida su capacidad para ejercer las funciones correspondientes a un puesto de trabajo de su carrera conforme al criterio de la correspondiente comisión evaluadora³⁴, tendrá derecho a una asignación económica equivalente al 70% del sueldo base, sin que pueda ser inferior a la renta mínima de subsistencia³⁵, compatible con las indemnizaciones por incapacidad permanente total y parcial previstas en el Régimen común de seguro médico. En estas circunstancias, persiste la obligación de cotizar, que será a cargo exclusivo de la Institución cuando la invalidez tenga su origen en contingencias profesionales.

24. En términos generales y sin perjuicio de otras modalidades, la pensión de jubilación es reconocida al funcionario a partir de los 63 años (edad ordinaria) cuando ha completado al menos diez años de servicio, salvo en los casos de imposibilidad de reincorporación al servicio tras una excedencia forzosa o cese en interés del servicio. Rebasando los 60 años de edad, el derecho a la pensión de jubilación es independiente del tiempo de servicio cubierto por el funcionario, ocurriendo de la misma manera cuando aquel no ha podido ser reincorporado al servicio tras un período de excedencia forzosa, o si ha cesado por interés del servicio. La pensión se calcula sobre la base del número total de anualidades perfeccionadas por el funcionario, dando derecho cada año a una anualidad (con las precisiones que introduce el art. 3 del Anexo VIII del Estatuto) y cada mes completo a una doceava parte de anualidad. Su cuantía máxima asciende al 70% del último sueldo base correspondiente al último grado en el que haya estado clasificado el funcionario como mínimo durante tres años, estableciendo en todo caso el Estatuto el límite mínimo de la cuantía de la pensión de jubilación en el 4% de la renta mínima de subsistencia por año de servicio³⁶.

25. El Estatuto del Funcionario de la UE contempla asimismo la pensión de muerte y supervivencia en las modalidades de viudedad y orfandad, con desarrollo pormenorizado en el capítulo 4 del Anexo VIII del Estatuto. La pensión de viudedad en beneficio del cónyuge supérstite del funcionario o antiguo funcionario cuyo matrimonio ha subsistido al menos un año³⁷, equivale al 60% de la pensión de jubilación o de la asignación por invalidez a que tuviese o hubiera tenido derecho el funcionario en el momento de fallecer, al margen de requisitos de edad y períodos de servicio (art. 79). La cuantía de la pensión no puede ser inferior al 42% si el fallecimiento del funcionario fue debido a contingencia profesional o actos extraordinarios, ni inferior a la renta mínima de subsistencia ni al 35% del último sueldo base percibido por el funcionario si falleció durante el servicio activo, o en comisión de servicios, o en situaciones de excedencia voluntaria, forzosa o por servicio militar. El tope máximo de la pensión de viudedad lo constituye en cualquier caso la cuantía de la pensión de jubilación a la que hubiera tenido derecho el antiguo funcionario a la edad de 63 años. En términos generales, y sin perjuicio de otras situaciones contempladas en el mencionado Anexo VIII, la ausencia de cónyuge beneficiario de una pensión de viudedad deja expedita la vía a la pensión de orfandad en favor de los hijos a cargo del funcionario, del mismo modo que si el cónyuge beneficiario de aquella contrajera nuevas nupcias perdiendo, en consecuencia, su derecho (artículo 80)³⁸.

³⁴ Vid al respecto I.A. RODRÍGUEZ CARDO, “Las fronteras de los reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social: la especial situación de los funcionarios de la UE”, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71, Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, 2008, p.145.

³⁵ El art. 6 del Anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios de la UE señala la pensión mínima de subsistencia tomada en consideración para el cálculo de las prestaciones.

³⁶ Para mayor detalle en el tratamiento del tema, consultar I.A. RODRÍGUEZ CARDO, “Las fronteras de los reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social...” op. cit., pp. 147 y ss, y .A. FUENTETAJA PASTOR, *Función pública comunitaria*, op. cit, pp. 480 y ss.

³⁷ Algunas excepciones a esta regla general son contempladas por el art. 17, párrafo segundo del Capítulo 4 del Anexo VIII del Estatuto.

³⁸ La cuantía de la pensión de orfandad para el primer huérfano se fija en ocho décimas partes de la pensión de supervivencia a que hubiera tenido derecho el cónyuge viudo del funcionario o antiguo funcionario, titular de la pensión de jubilación o invalidez, aumentando por cada hijo a cargo a partir del segundo en una cuantía igual al doble de la asignación por hijos a cargo, adicionando en su caso una asignación por escolaridad (prevista en el art. 3 del Anexo VII del Estatuto). La cuantía resultante de sumar a la pensión las asignaciones, se repartirá a partes iguales entre los huérfanos con derecho a la misma. La pensión no podrá ser inferior a la pensión mínima de subsistencia (art. 21 del Anexo VIII del Estatuto).

5. Coordinación bilateral del régimen de pensiones de los funcionarios de la UE y del Estado miembro

26. Es posible que el funcionario de la UE realizara otras actividades con anterioridad o posterioridad a su condición de empleado al servicio de una institución de la UE, por las que quedara sujeto a uno o varios regímenes nacionales de seguridad social. Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de sus derechos de seguridad social, en materia de pensiones, es preciso articular reglas de coordinación ad hoc, una vez que ha sido descartada, por razones obvias, la aplicación del Reglamento de coordinación, cuyo campo de aplicación no integraba a este colectivo.

27. Conviene referir otras reglas de coordinación de carácter bilateral entabladas entre el régimen de pensiones del funcionario comunitario y el previsto, en su caso, por el Estado miembro correspondiente, cuando el interesado hubiera desarrollado otras actividades profesionales al margen de la funcionarial en el seno de la Administración comunitaria. El objeto perseguido en este caso consiste en remover los obstáculos que las normativas de seguridad social pueden oponer a la libre circulación de quienes prestan servicios en las instituciones de la UE³⁹, siendo obligación de los Estados miembros hacer posible la transferencia al régimen de pensiones de la Unión de los derechos a pensión adquiridos por los funcionarios comunitarios en virtud de actividades llevadas a cabo con anterioridad⁴⁰. El mecanismo de coordinación igualmente se concibe para facilitar el paso a la Administración comunitaria de empleados en el sector público o privado nacional, garantizando a la UE “las mejores posibilidades de selección de personal cualificado, dotado ya de una adecuada experiencia profesional”⁴¹.

28. Se considera que la negativa o resistencia de un Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para permitir la transferencia de los derechos de pensión adquiridos en el régimen nacional hacia el régimen comunitario de pensiones, tendría efectos disuasorios y desalentadores sobre quienes aspiran a prestar servicios para la Administración comunitaria, además de entorpecer y dificultar la selección de personal por parte de las instituciones de la UE. Ocurriría de la misma manera si el Estado miembro se opusiera a computar los períodos de empleo bajo el régimen comunitario de pensiones, cuando se dispone a reconocer el derecho a una pensión de jubilación anticipada en virtud del régimen nacional⁴². Comportamientos de este tipo son censurables y contrarios al principio de cooperación leal que vincula a los Estados miembros y la Unión, en virtud del cual deberán respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas del Tratado (art. 4.3 TUE). Resultaría inadmisibles, como señala el TJUE, que los trabajadores migrantes que ejercen la libre circulación llegaran a perder determinados beneficios de seguridad social que les garantiza la legislación de un solo Estado miembro, en especial cuando esos beneficios representan la contrapartida de las cotizaciones que han aportado⁴³.

³⁹ Un ejemplo de normativa nacional que obstaculiza el derecho a la libre circulación de los trabajadores migrantes puede ser la Ley chipriota sobre pensiones de 1997 que fue objeto de un recurso de incumplimiento formulado por la Comisión contra el mencionado Estado miembro, fundamentalmente por entender que era una violación del derecho a la libre circulación de los trabajadores que prevé el art. 45 TFUE. Conforme a dicha Ley, el funcionario menor de 45 años que renuncia a su empleo en la función pública de Chipre para ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro o como funcionario al servicio de una institución de la UE o de otra organización internacional, percibe únicamente una cantidad a tanto alzado y pierde sus futuros derechos a pensión. En cambio, conserva tales derechos el funcionario chipriota que permanece en su país, o que abandona su empleo para ejercer determinadas funciones públicas en ese mismo Estado o para prestar servicios en un organismo de Derecho público chipriota. En tales circunstancias, el ejercicio de la libre circulación priva a los trabajadores migrantes –funcionarios de la UE incluidos- de la posibilidad de beneficiarse de la acumulación de todos los períodos de seguro y no garantiza la unidad de carrera del trabajador en materia de seguridad social. Para los trabajadores que no han alcanzado la edad de 45 años, trasladarse a otro país comunitario para trabajar o para acceder a la función pública de la UE supondría perder el derecho a la pensión de jubilación según la normativa chipriota; lo que no ocurriría en caso de rechazar ese empleo y permanecer en su propio Estado. STJUE 21 enero 2016, *Comisión Europea c. República de Chipre*, C-515/14. EU:C:2016:30

⁴⁰ En este sentido, STJUE de 5 diciembre 2013, *Časta*, C-166/12. EU:C:2013:792.

⁴¹ STJUE de 16 de diciembre de 2004, *My*, C-293/03, EU:C:2004:821.

⁴² STJUE de 16 de diciembre de 2004, *My*, C-293/03, EU:C:2004:821.

⁴³ Sentencia del TJUE de 30 junio 2011, asunto *Silva Martins*, C-388/09. EU:C:2011:439.

29. Pieza clave en esta materia lo constituye el art. 11 del Anexo VIII del Estatuto, cuyo propósito consiste en garantizar a los funcionarios al servicio de la Administración de la UE la transferencia de los derechos de pensión de jubilación que hubieran adquirido bajo el Régimen de pensiones de los funcionarios comunitarios, o en virtud de regímenes nacionales.

Son dos las situaciones posibles: primera, cesa el funcionario de la UE en su funciones para entrar al servicio de una administración o de una organización nacional o internacional que hubiera celebrado un acuerdo con la UE, o bien para ejercer una actividad por cuenta propia o ajena en virtud de la que adquieran derechos a pensión en un régimen cuyas entidades gestoras hayan celebrado un acuerdo con la UE. En este caso, el funcionario tiene derecho a transferir el equivalente actuarial, actualizado en la fecha de transferencia efectiva, de sus derechos a pensión de jubilación adquiridos en la UE a la caja de pensiones de esa administración u organización, o de la que adquiera sus derechos a pensión de jubilación en virtud de la actividad por cuenta propia o ajena (art. 11.1).

Y segunda, la situación inversa: el interesado entra al servicio de la UE una vez que ha cesado en el servicio de una administración o de una organización nacional o internacional, o después de haber ejercido una actividad por cuenta propia o ajena. Entre el momento de su nombramiento funcional definitivo y el momento en que cause derecho a pensión de jubilación (de acuerdo con el art. 77 del Estatuto), el funcionario puede hacer transferir a la UE el capital, actualizado en la fecha de transferencia efectiva, correspondiente a los derechos de pensión que haya adquirido por aquellas actividades (art. 11.2)⁴⁴.

30. Como alternativa a este *método del equivalente actuarial*⁴⁵, el Reglamento 259/68 contemplaba el *método de la cantidad global de rescate*, por el que ésta se obtenía sumando las cotizaciones abonadas por el asegurado conjuntamente, en su caso, con las satisfechas por su empleador, pudiendo añadirse intereses a esas contribuciones. Este sistema, que tanta litigiosidad había provocado al permitir que el Estado miembro eligiera el método –que en determinados casos resultaba ser el menos favorable a los intereses del funcionario⁴⁶–, fue suprimido de la redacción del art. 11.2 con la modificación del Estatuto de los Funcionarios de la UE llevada a cabo por el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) nº 723/2004, de 22 marzo 2004⁴⁷.

31. En suma, el mecanismo de coordinación bilateral exigirá dos actuaciones diferentes y sucesivas: una, a cargo del organismo competente en la gestión del régimen de pensiones del Estado

⁴⁴ Esta previsión no es extensible a instituciones u órganos que no pertenecen a la UE, por ejemplo la organización internacional creada mediante el Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas (OEP, Múnich 1973) que dispone de un régimen de pensiones propio y separado de los regímenes de pensiones de los Estados miembros y del régimen de pensiones de la Unión. Como ha señalado el TJUE con referencia a los funcionarios de esta organización que con anterioridad hubieran estado sujetos a un régimen de pensiones de un Estado miembro, “no se desprende (del art. 45 interpretado a la luz del art. 48 TFUE) que los Estados miembros estén obligados a otorgar a los funcionarios de organizaciones internacionales como la OEP la facultad de transferir al régimen de pensiones de dichas organizaciones el capital correspondiente a los derechos a pensión previamente adquiridos” cuando entre el Estado afectado y esa organización no exista un acuerdo que contemple esa transferencia. STJUE 4 julio 2013, *Gardella*, C-233/12, EU:C:2013:449.

⁴⁵ El *método del equivalente actuarial* sirve para calcular el capital actual correspondiente a una prestación de pensión futura e incierta, a cuyo importe se aplica un coeficiente reductor en razón del carácter anticipado del pago así como otro coeficiente de reducción proporcional al riesgo de fallecimiento del beneficiario antes de la fecha de vencimiento, que será determinado en función de la edad del asegurado y de las tasas de mortalidad, factores que se calculan sobre la base del tiempo transcurrido entre la fecha de adjudicación del equivalente actuarial y de la concesión de la pensión. STJUE de 18 marzo 1982, *Bodson*, C-212/81 EU:C:1982:103; STJUE de 5 diciembre 2013, *Časta*, C-166/12. EU:C:2013:792.

⁴⁶ Se ha planteado la adecuación al Derecho comunitario de ciertos sistemas nacionales, como el de la República Checa, bajo los cuales el cálculo del capital correspondiente a los derechos de pensión adquiridos anteriormente por el funcionario conduce a fijar cantidades que no alcanzan siquiera la mitad de las cotizaciones satisfechas al régimen nacional de pensiones por el interesado y su antiguo empleador. Como ha señalado el TJUE, el hecho de que el método de cálculo aplicado conlleve a transferir una suma cuyo importe no alcanza siquiera las cotizaciones satisfechas por el funcionario y su anterior empleador, no constituye en sí mismo un indicio de que se trata de un obstáculo a la libre circulación de los funcionarios comunitarios. Tan solo cuando las modalidades de cálculo de ese capital se separen de forma apreciable de la naturaleza, principios y reglas del sistema de pensiones nacional, perjudicando o beneficiando al funcionario, podrá concluirse que aquel sistema de cálculo de ese capital obstaculiza la libre circulación de los trabajadores que consagra el art. 45 del TFUE. STJUE de 5 diciembre 2013, *Časta*, C-166/12. EU:C:2013:792.

⁴⁷ DOUE L 124, 27.4.2004, pp.1-118.

miembro al que estuviera afiliado el interesado con anterioridad a su ingreso al servicio de la UE, que, aplicando la normativa nacional, fijará el capital correspondiente a los derechos a pensión adquiridos, garantizando, en cualquier caso, que la cantidad a transferir corresponda materialmente a los derechos de pensión adquiridos⁴⁸. La otra actuación, ejecutada por la institución comunitaria para la que prestase servicios el funcionario, consistirá en convertir aquel capital en anualidades que computarán a efectos de su propio sistema de pensiones⁴⁹.

6. Régimen impositivo aplicable a los funcionarios de la UE

32. Para completar la peculiar panorámica jurídica de los funcionarios empleados en la Administración de la UE es preciso referir algunas reglas de carácter impositivo que contribuyen igualmente a perfilar la singularidad jurídica de estos trabajadores. El Protocolo sobre privilegios e inmunidades de la UE establece que los funcionarios de la Unión “estarán sujetos, en beneficio de esta última, a un impuesto sobre los sueldos, salarios y emolumentos abonados por ella” (art. 12, párrafo primero), precepto que tiene desarrollo en el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) n° 260/68 del Consejo, por el que se fijan las condiciones y el procedimiento de aplicación del impuesto establecido en beneficio de la Unión⁵⁰, quedando sujetos al impuesto las personas sometidas al Estatuto de los funcionarios, con mención expresa a los beneficiarios de pensiones de jubilación, muerte y supervivencia y de asignaciones por invalidez pagadas por la UE.

33. Los rendimientos del trabajo de dichos funcionarios son gravados fiscalmente por la propia UE, sometidos a un impuesto uniforme y a una contribución temporal, ambos establecidos por la Unión en el ejercicio de su potestad tributaria⁵¹. Los impuestos comunitarios así obtenidos redundan en beneficio del Estado de residencia del funcionario como miembro de la Unión Europea, por lo que no cabría establecer diferencias entre la situación del funcionario y su familia y el trabajador migrante ordinario cuyos ingresos están sujetos a la fiscalidad del país en que reside⁵².

Como consecuencia de lo anterior, los funcionarios de la Unión están “exentos de los impuestos nacionales sobre los sueldos, salarios y emolumentos abonados por la Unión (art. 12, párrafo segundo del Protocolo), lo que se justifica en el propósito de establecer una igualdad de trato entre los funcionarios cualquiera que sea su nacionalidad, evitando diferencias que provocaría el sometimiento, en su lugar, a los impuestos nacionales. Además, al no afectar la fiscalidad nacional a las retribuciones obtenidas por este personal, se está favoreciendo el ejercicio independiente de las funciones propias de su cargo y, en suma, el buen funcionamiento de la Administración comunitaria.

34. El funcionario de la UE tiene normalmente la obligación de residir en la localidad de su destino (art. 20 del Estatuto), que puede estar ubicada en el territorio de un Estado miembro diferente a aquel en el que tenía su domicilio fiscal al tiempo de ocupar su cargo. A efectos de los impuestos sobre la renta y el patrimonio, y el impuesto de sucesiones, la competencia fiscal la ejerce el país donde el funcionario mantiene el domicilio fiscal (art. 13 del Protocolo), siempre que se trate de un Estado miembro. Incluso los bienes muebles que pertenecen al funcionario y se encuentren en el país de residencia del mismo, estarán exentos del impuesto de sucesiones aplicable en este país, considerándose como si se hallaran en el Estado del domicilio fiscal.

⁴⁸ STJUE de 5 diciembre 2013, *Časta*, C-166/12. EU:C:2013:792.

⁴⁹ Como señala I.A. RODRÍGUEZ CARDO, “Las fronteras de los reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social...”, op. cit, p. 157: “No se transfieren las cantidades efectivamente cotizadas al régimen correspondiente sino la cuantía de la pensión que correspondería si el hecho causante se produjera en el momento de la transferencia”.

⁵⁰ DOUE L 56, 4.3.1968, pp. 8-10.

⁵¹ Vid. A. FUENTETAJA PASTOR, *Función pública comunitaria*, op. cit, p. 448.

⁵² En este sentido, STJUE, 13 julio 1983, *Forcheri*, 152/85, EU:C:1983:205.

III. Seguridad social

1. La dimensión terminológica de la seguridad social

35. Un tema confuso, entendemos a nivel europeo, sería precisar el contenido y alcance de la clásica expresión “seguridad social” frente o considerando el tenor de otros conceptos igualmente incardinados en la política social que pudieran resultar análogos, como “protección social” y “asistencia social”. Con frecuencia se habla de seguridad social en relación con un sistema tradicional de protección del ciudadano trabajador y, excepcionalmente, no trabajador. Y junto a esa cobertura social, la extensión o intensificación de la demanda social alcanza otros ámbitos que no responden estrictamente a un estado de necesidad, pero comportan evidentemente un mejoramiento del “bienestar social”, concepto igualmente elástico⁵³. La seguridad social-protección social cambia y evoluciona modificando la tradicional idea del “riesgo” o “estado de necesidad”, articulando ayudas y prestaciones sociales sui generis a medida que surgen nuevas necesidades sociales de diferente signo a las clásicas. Este ensanchamiento protector del ciudadano y de su entorno familiar ha revelado la insuficiencia de los recursos tradicionales para su financiación aportados directamente por los trabajadores, viéndose los poderes públicos obligados a contribuir al sostenimiento de aquellas cargas vía impuestos directos o finalistas; en todo caso, con cargo a los presupuestos generales.

36. Pese a las diferencias existentes entre los sistemas de seguridad social de los países miembros, e igualmente con respecto al específico de los funcionarios comunitarios, parece subsistir, en general, una seguridad social con tintes tradicionales⁵⁴ que responde a un “ideal de cobertura” histórico⁵⁵, alcanzando a cubrir las ramas que menciona el art. 3.1 del Reglamento 883/2004 (enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas, invalidez, vejez, supervivencia, prestaciones de accidentes laborales y de enfermedad profesional, desempleo, prejubilación y prestaciones familiares), cobertura financiada predominantemente con las aportaciones de trabajadores y empresarios, y puntualmente por el Estado. Junto a esa seguridad social convive la asistencia social y otra suerte de ayudas, acciones o prestaciones que no responden necesariamente a un estado de necesidad ni a un riesgo, pero que evidentemente comportan un mejoramiento o una seguridad en el acontecer de la sociedad.

37. El Reglamento 883/2004 no ofrece una noción de seguridad social ni contiene definiciones de todas las posibles prestaciones comprendidas en su ámbito de aplicación. El TJUE suple esta carencia llevando a cabo una interpretación extensiva de lo que puede calificarse como prestación de seguridad social en el ámbito del Reglamento de coordinación, prescindiendo de cómo defina o considere el Estado miembro esa prestación conforme a su legislación nacional. En este sentido y reconducido al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, rotundo, precisa que la naturaleza real de cada prestación se determina conforme al Derecho comunitario, siendo irrelevante lo que al respecto indique cualquier ordenamiento jurídico nacional⁵⁶.

⁵³ Señalan M. ALONSO OLEA Y J. L. TORTUERO PLAZA que “las exigencias de *bienestar social* son múltiples y la seguridad social sólo una de sus parcelas”. Citando a las Naciones Unidas, los autores ofrecen una noción de bienestar social como “actividad organizada que se propone ayudar a una mutua adaptación de los individuos y de su entorno social...; resolver los problemas de adaptación de individuos, grupos y comunidades a un modelo cambiante de sociedad mediante la acción cooperadora para mejorar las condiciones económicas y sociales”. *Instituciones de Seguridad Social*, duodécima edición, Civitas, Madrid, 1990, p.21.

⁵⁴ En gran medida, el contenido material de la seguridad social se ha sido determinado, directa o indirectamente por el Derecho internacional, produciendo una uniformidad sensible en la extensión, calidad, modalidades y condiciones de acceso a sus prestaciones. Se da una notable coincidencia universal en la escala de valores sociales atendidos por los sistemas protectores, explicada por la común inspiración en los modelos de Bismarck y Beveridge. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho internacional español de seguridad social*, col. Estudios, CES, Madrid, 1995, pp. 18-20.

⁵⁵ El ideal de cobertura, propio de cada periodo histórico, supone la protección frente a un conjunto de riesgos sociales y su afianzamiento y perfeccionamiento, no obstante la ampliación de la cobertura hacia nuevos riesgos que demande la realidad social. M. ALONSO OLEA Y J. L. TORTUERO PLAZA., *Instituciones de Seguridad Social*, op. cit, p. 19.

⁵⁶ , STJUE de 31 de marzo de 1977, *Fossi*, 79/76, EU:C:1977:59; sentencia de 6 de julio de 1978, *Guillard*, 9/78, EU:C:1978:152; STJUE de 12 de julio de 1979, *Toia*, 237/78, EU:C:1979:197.

38. En función de la naturaleza de la prestación, los requisitos para su concesión y, lo más importante, la vinculación de la misma a alguna de las ramas o coberturas citadas en el art. 3.1 del Reglamento de coordinación, el TJUE determina qué prestaciones de los sistemas nacionales son en efecto de seguridad social, normalmente por contraprestación a las de asistencia social. De este modo y a título de ejemplo, “unas prestaciones que se conceden automáticamente a las familias que responden a ciertos criterios objetivos relativos, en particular, al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que están destinadas a compensar las cargas familiares, deben tener la consideración de prestaciones de la seguridad social”⁵⁷, en particular, prestaciones familiares.

39. Debe subrayarse que en la apreciación llevada a cabo por el TJUE resulta irrelevante el modo de financiación de las prestaciones, sea a través de cotizaciones, o vía impositiva, incluso continuando el pago del salario en supuestos de enfermedad⁵⁸, considerando en particular que “la circunstancia de que la concesión de una prestación no esté sujeta a ninguna obligación de cotizar carece de importancia, habida cuenta que la calificación de una prestación como prestación de seguridad social (cubierta por el Reglamento de coordinación) no depende del modo de su financiación”⁵⁹. La inclusión de prestaciones no contributivas en el ámbito de aplicación del Reglamento es prueba de ello, pudiendo surgir problemas a la hora de descartar prestaciones de asistencia social.

2. Seguridad social y asistencia social

40. Históricamente, la asistencia social era considerada una técnica enmarcable en el ámbito más amplio de la seguridad social, que pretendía la eliminación de la necesidad cuando el ciudadano con sus propios medios no podía subvenir frente a las circunstancias que le acaecían⁶⁰. La insuficiencia de recursos en el asistido, la atención de las necesidades básicas (no ya la mera indigencia), su carácter residual y complementario, la gratuidad de las prestaciones y la financiación con cargo a los presupuestos generales del Estado, eran los rasgos caracterizadores de esta medida de protección social a la que podían acceder, en principio, todo tipo de personas y no sólo las que hubieran desarrollado una actividad profesional⁶¹.

⁵⁷ En la STJUE de 14 junio 2016, *Comisión Europea c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* 308/14, EU:C:2016:436, se planteaba la calificación de los “complementos familiares” y el “crédito fiscal” de la legislación británica, resolviendo el TJUE que se trataba de prestaciones de seguridad social. El derecho a los complementos familiares se otorga a personas con al menos un hijo a su cargo, constituyendo una prestación social destinada, en particular, a compensar en parte los gastos por hijo(s) a su cargo. En principio, se trata de una prestación universal que se concede a quien la solicite, fijándose no obstante, el reembolso en el marco del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, de una cantidad de un importe equivalente, como máximo, a la prestación percibida en caso de personas con ingresos elevados. El “crédito fiscal” es una prestación en metálico que se abona a toda persona que tenga uno o varios hijos a cargo, cuya cuantía varía en función de la renta familiar y del número de hijos a cargo, así como de otros factores relacionados con la situación individual de la familia de que se trate. A pesar de su denominación, el crédito fiscal por hijo a cargo corresponde a una cantidad que la Administración competente abona periódicamente a los beneficiarios y que parece estar relacionada con su condición de contribuyentes. Esta prestación vino a sustituir a una serie de prestaciones complementarias que se abonaban a los solicitantes de diversos subsidios de manutención, que se encontraban vinculados a los ingresos y que eran percibidos en concepto de hijos a su cargo, y cuyo objetivo general era reducir la pobreza infantil.

⁵⁸ En la STJUE de 13 julio 1989, *Rinner-Kühn*, 171/88, EU:C:1989:328, el TJUE calificó la cantidad abonada por el empresario al trabajador en caso de enfermedad como “retribución”, concepto comunitario sumamente extenso que incluye cualquier abono del empresario al trabajador en virtud de la relación laboral. Señalaba el Tribunal de Justicia que esta consideración no impide que las prestaciones abonadas por el empresario por enfermedad constituyan, al mismo tiempo, prestaciones de enfermedad en el sentido del Reglamento de coordinación de normativas nacionales en seguridad social; ratificaba de este modo que la calificación de un subsidio como prestación de seguridad social cubierta por el Reglamento no depende del modo de su financiación. STJUE de 3 junio 1992, *Paletta*, C-45/90, EU:C:1992:236.

⁵⁹ STJUE de 16 julio 1992, *Hughes*, C-78/91, EU:C:1992:118.

⁶⁰ R. MARTÍN MATEO, “Sobre el concepto de asistencia social”, en AA.VV., *Problemas Fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social*, Ministerio de Gobernación, colección Estudios 10, Madrid, 1967, p. 66.

⁶¹ R. MARTÍN MATEO “Sobre el concepto de asistencia social”, op. cit., pp. 64 y 65; G. RUBIO NOMBELA, “Caridad, beneficencia y asistencia social”, *Problemas Fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social*, AA.VV., Ministerio de Gobernación, colección Estudios 10, Madrid, 1967. K. J. BIEBACK, *La Discrimination Indirecte Fondée Sur le Sexe dans le Droit Social des Etats Membres des CE au Regard de la Directive (CE) 79/7*, Comisión Europea, Febrero 1996, p. 20.

41. Aunque la asistencia social ha experimentado un proceso de evolución no ajeno a la progresiva extensión del ámbito de la seguridad social⁶², aún puede resultar difícil en la actualidad establecer una clara distinción entre ambas nociones, que participan de rasgos comunes, incluso interrelacionando sus funciones⁶³. Existe en el Derecho de la UE una noción de “asistencia social” de creación jurisprudencial, de contenido y alcance comunitarios, dependiente de los elementos constitutivos de la prestación en sí misma y de la finalidad que persigue, en todo caso independiente de la valoración que hicieran los Estados miembros⁶⁴.

42. Para incardinar una prestación en el ámbito de la seguridad social o de la asistencia social resulta irrelevante si es de naturaleza contributiva o no contributiva, o de la entidad encargada de su reconocimiento y gestión. El criterio más seguro para llevar a efecto esa asignación es la posición que ocupa el solicitante de la prestación conforme a la legislación del Estado miembro que resulte aplicable: si existe una categoría de personas normativamente predeterminada cuyo derecho subjetivo a la prestación deriva de su condición de afiliado al sistema de seguridad social, estamos ante una prestación típica de seguridad social. Pero si la cobertura de la situación de necesidad depende de la comprobación individualizada y discrecional del riesgo protegido, la prestación sería de asistencia social⁶⁵.

No obstante este criterio, que actúa de línea divisoria entre la seguridad social y la asistencia social, hay prestaciones en las legislaciones nacionales que simultáneamente pueden pertenecer a ambas esferas de protección. La semejanza con la asistencia social se evidencia “en la medida en que la necesidad constituye un criterio esencial de aplicación y las condiciones de concesión prescinden de cualquier requisito relativo a la acumulación de períodos de actividad profesional o de cotización (...) Por otras características se aproximan a la seguridad social, en la medida que no hay poder discrecional en el procedimiento por el cual se conceden (...) y porque confieren a sus beneficiarios una posición jurídicamente definida”⁶⁶.

43. Las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” del art. 70 del Reglamento 883/2004, listadas en el Anexo X de la propia norma⁶⁷, presentan una naturaleza híbrida en el sentido expuesto, con proyección en su alcance personal, objetivos y condiciones de concesión. La cualidad asistencial se aprecia en la garantía de unos ingresos mínimos de subsistencia conforme al nivel económico social del país miembro de que se trate, en tanto que el carácter de seguridad social deriva de actuar como complemento o en sustitución de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social que componen el campo de aplicación material del propio Reglamento. El reconocimiento y la concesión de la prestación no dependen de contribuciones o cotizaciones previas del beneficiario, procediendo la financiación de los presupuestos generales de cada país, elemento –la financiación– que difícilmente puede ser esgrimido para delimitar la naturaleza de la prestación.

⁶² Un estudio interesante sobre los orígenes de los términos “seguridad social” y “asistencia social”, la diferente consideración de la asistencia social en el entorno internacional e interno de cada país y, en general, el debate doctrinal en torno a ambas nociones, se encuentra en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La Aplicación del Derecho Comunitario a las Prestaciones Especiales No Contributiva*, Comares. Granada. 1997, pp. 104 y ss.

⁶³ La doctrina científica ha tratado de deslindar ambas nociones. Véase al respecto: M. RODRIGUEZ PIÑERO, *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, Madrid, 1981; T. PÉREZ DEL RÍO, “El Concepto de Prestaciones de Asistencia Social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la Normativa Española”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Junta de Andalucía*, n° 7/1986, pp. 77 y ss.; R. M. ALARCÓN CARACUEL, “La integración de los servicios sociales y la asistencia social en la seguridad social”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Junta de Andalucía* n° 7/1986, pp. 9 y ss.; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Las Prestaciones No Contributivas y el Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 64, 2006, p. 116.

⁶⁴ STJUE de 16 julio 1992, *Hughes*, C-78/91, EU:C:1992:118.

⁶⁵ STJUE de 22 junio 1972, *Frilli*, 1/72, EU:C:1972:56.

⁶⁶ Reglamento (CEE) n° 1247/92, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1408/71.

⁶⁷ Fuera de la relación del Anexo X, que constituye un *numerus clausus*, no hay prestaciones que tengan esta consideración. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Las Prestaciones No Contributivas y el Reglamento 883/2004”, *op. cit.*, p. 124.

44. Los sistemas de protección social tienden en la actualidad a su universalización, es decir, a la atención globalizada de todos los ciudadanos y la financiación pública progresiva a través de los presupuestos generales, vertiendo o creando nuevas dificultades en el intento de deslindar ambos conceptos: seguridad social y asistencia social, posiblemente favoreciendo la mencionada interpretación extensiva de la seguridad social llevada a cabo por el TJUE.

3. Prestaciones por vía tributaria vs prestaciones de seguridad social

45. El derecho tributario de muchos Estados miembros contempla ventajas impositivas vinculadas a razones o fines de carácter social; cabe citar, por antonomasia, las deducciones fiscales por hijos a cargo o por gastos médicos de carácter extraordinario, ventajas fiscales asociadas a la tercera edad o al riesgo de dependencia, incluso subsidios libres de impuestos, entre otros.

Existen prestaciones y ayudas en el ámbito de las normas tributarias que proporcionan protección frente a riesgos tradicionales de la seguridad social, siendo su objeto compensar la pérdida o reducción de ingresos o costes extraordinarios que experimenta el ciudadano cuando se materializa una contingencia. Las prestaciones de origen tributario son menos visibles que las de seguridad social y como regla general no pertenecen directamente al área de la política social, por lo que como tales no tienen la consideración de seguridad social. Ejemplos de estas prestaciones tributarias en los Estados miembros son las cantidades deducibles del impuesto sobre la renta (a veces con criterio progresivo) por diferentes motivos: tenencia de hijos a cargo, familias con bajos ingresos, o con hijos con discapacidad, familias numerosas, familias monoparentales...

46. En muchos países de la UE las prestaciones sociales tributarias están asociadas a los riesgos que típicamente protege la seguridad social: riesgo de enfermedad (en caso de una carga financiera extraordinaria debido a la enfermedad o al coste farmacéutico), vejez (debido a los bajos ingresos de los pensionistas), discapacidad, a los riesgos profesionales, por fallecimiento, desempleo, dependencia a largo plazo (por contratar a un cuidador), e incluso esas prestaciones de carácter tributario se garantizan a quienes tienen bajos ingresos salariales. En otros países miembros, algunas prestaciones de seguridad social (como de desempleo) o las primas de los seguros de vida, seguros médicos o seguros privados de salud, están exentas de tributación o tienen un tratamiento más favorable. Estas medidas constituyen una forma de prestación social tributaria.

47. Como regla, en cuanto forman parte del sistema fiscal, las prestaciones sociales tributarias no pueden considerarse sujetas al Reglamento de coordinación de seguridad social; aunque no es vinculante para el TJUE el hecho de que la prestación forme parte del Derecho Tributario nacional, resultando determinante para el órgano judicial entrar a valorar sus elementos constitutivos y finalistas para verificar si, en su lugar y desde la óptica comunitaria, se trata de una prestación de seguridad social sujeta al Reglamento 883/2004⁶⁸. Las prestaciones familiares reguladas por la norma tributaria son una excepción⁶⁹; como ejemplo, en un supuesto relativo a unas prestaciones por hijo a cargo, el TJUE declaró que “el hecho de que una contribución pública al presupuesto familiar adopte la forma de una prestación en metálico pagada con arreglo al Derecho tributario nacional y de que la prestación por hijo a cargo tenga su origen en una desgravación fiscal por hijo, no pone en entredicho la calificación como *prestación familiar* de esa prestación” careciendo de importancia el mecanismo jurídico al que recurra el Estado miembro para aplicar la prestación⁷⁰.

⁶⁸ STJUE de 24 octubre 2013, *Lachheb*, C-177/12. EU:C:2013:689.

⁶⁹ B. SPIEGEL, G. STRBAN, K. DAXKOBLE, A. P. VAN DER MEI *The relationship between social security coordination and taxation law*. Brussels, Fressco, 2014, pp. 17-18.

⁷⁰ STJUE de 24 octubre 2013, *Lachheb*, C-177/12. EU:C:2013:689.

IV. Fuentes financieras de la seguridad social

1. El asunto Lobkowicz

48. De manera indirecta, el asunto Lobkowicz refiere unas prestaciones presuntamente integradas en la seguridad social francesa financiadas mediante impuestos, que gravan el rendimiento patrimonial de las personas con domicilio fiscal en Francia. Aunque no se cuestiona su naturaleza, ni se aportan datos suficientes para hacerlo o fijar su alcance en el Derecho francés, al parecer es clara la vinculación de esas prestaciones a ciertos riegos previstos en el ámbito del Reglamento nº 883/2004, en particular las prestaciones de vejez, supervivencia y enfermedad, y las prestaciones familiares, lo que conduce al TJUE a calificarlas como prestaciones de seguridad social⁷¹, probablemente homologando e integrando aquellas prestaciones en el concepto más amplio de protección social. De nuevo, la financiación de las prestaciones es un aspecto subsidiario para identificar su naturaleza, aunque en este caso va a adquirir especial protagonismo.

49. En el supuesto planteado, el Sr. Lobkowicz, de nacionalidad francesa y con domicilio fiscal en este país, prestó servicios como funcionario para la Comisión europea desde 1979 hasta su jubilación en enero de 2016. Siguiendo el tenor literal de la sentencia comentada, percibe rendimientos inmobiliarios que durante cuatro ejercicios económicos fueron sometidos a unas contribuciones y exenciones fijadas conforme a la normativa nacional tributaria, en concreto, para atender, según consta, la denominada *contribución social generalizada (CSG)*, el *gravamen social* y dos *contribuciones adicionales*.

50. Conforme al Código de seguridad social francés, la CSG es exigida a las personas con domicilio fiscal en Francia, en favor de la Caja nacional de prestaciones familiares, del Fondo de solidaridad para la vejez y de los regímenes obligatorios de seguro de enfermedad. La CSG grava los rendimientos patrimoniales, incluidos los inmobiliarios, constituyendo su base imponible el importe neto de aquellos rendimientos calculados a efectos de la liquidación del impuesto sobre la renta. Las restantes contribuciones mencionadas se calculan, en concreto, aplicando un tipo impositivo sobre los rendimientos inmobiliarios, siendo el 2% en el caso del *gravamen social* regulado en el Código de Seguridad Social, y el 0,3% y 1,1 % respecto de las dos *contribuciones adicionales*, establecidas en el Código de Acción Social y de las Familias.

51. De acuerdo con la legislación tributaria francesa, las contribuciones señaladas tienen la condición de “impuestos” y están destinadas directa y específicamente a la financiación de ciertas “prestaciones de seguridad social”, debiendo entenderse tal expresión en el sentido lato dado por la jurisprudencia comunitaria, según se advirtió. Aunque conforme al Derecho francés, -y se indica en la sentencia- sufragan coberturas específicas que no garantizan un alcance general. Bajo estas consideraciones el tribunal europeo resolvió, ante la reclamación formulada por el Sr. Lobkowicz (reintegro de aquellos importes), que la normativa nacional de este país miembro no puede obligar al funcionario de la UE a contribuir al sostenimiento de las cargas de la seguridad social francesa en los términos fijados, puesto que ya el reclamante, de forma exclusiva y excluyente, contribuye al régimen de seguridad social propio de los empleados en la Administración comunitaria, regulado en el Estatuto de los Funcionarios de la UE.

52. Con la imposición de tales gravámenes, el Estado miembro está invadiendo la competencia exclusiva que el art. 14 del Protocolo nº 7 atribuye a la UE para ordenar el régimen de seguridad social de este colectivo, vulnerándose igualmente el principio de unicidad de la legislación aplicable en materia de seguridad social. En suma, los funcionarios de la UE no pueden estar sujetos a gravámenes de todo tipo y formulaciones fijados por la normativa nacional como los señalados, porque sus obligaciones contributivas en materia de seguridad social se rigen únicamente por el Protocolo y el Estatuto de los Funcionarios de la UE.

⁷¹ Según el Tribunal de Justicia, los gravámenes fiscales sobre los rendimientos del patrimonio que tengan un nexo *directo y pertinente* con las ramas de seguridad social enumeradas en el Reglamento de coordinación, están comprendidos en el ámbito de aplicación de esta norma. STJUE de 25 febrero 2015, *Ruyter*, C-623/13, EU:C:2015:123.

El Gobierno francés, en defensa de la aplicación de tales exacciones al funcionario de la UE, que tiene su domicilio fiscal en Francia, apela a la naturaleza netamente impositiva de las mismas, resaltando “que gravan, no rendimientos del trabajo, sino rendimientos inmobiliarios, y que no dan lugar a ninguna contrapartida o ventaja directa en términos de prestaciones de seguridad social”, afirmación reiteradamente sostenida, sin que se aprecie una respuesta judicial congruente.

53. Reconduciendo el centro de atención a la CSG⁷², el Gobierno francés alega que el derecho a la “protección social” forma parte de los derechos fundamentales del ciudadano, debiendo ser de rigurosa observancia y extenderse a la totalidad de la población, repartiéndose equitativa y solidariamente su coste entre los ciudadanos. Dado que las cotizaciones sociales, basadas únicamente en los rendimientos del trabajo, no pueden garantizar la financiación de esa protección social, es deducible entender su afectación a la totalidad de los rendimientos tributarios de los contribuyentes. Esta conclusión, de alguna manera, atenta contra el principio irrenunciable de la solidaridad.

La CSG es un instrumento recaudatorio adoptado “en el contexto de una tributarización progresiva de la seguridad social”, cuyo criterio de recaudación del tipo impositivo se basa en un bien ubicado fiscalmente en el territorio francés, al margen, por tanto, del estatuto profesional del interesado o del régimen de seguridad social en que estuviera incluido. Es cierto que abonar la CSG no genera para el contribuyente, como contrapartida directa, el derecho a disfrutar de esas prestaciones de seguridad social, siendo el criterio de la residencia en Francia el que permitirá a cualquier individuo disfrutar, en su caso, de las prestaciones financiadas con cargo a la CSG, como indica la sentencia.

La CSG no forma parte de los gravámenes comunes destinados a hacer frente a los gastos generales de las Administraciones públicas, sino que tales ingresos se destinan específica y directamente a la Caja nacional de prestaciones familiares, al Fondo de solidaridad para la vejez y a los regímenes obligatorios de enfermedad, cuya protección social no parece generalizada. En parte, actúa como un gravamen que sustituye a las clásicas cotizaciones de seguridad social “que gravaban de forma considerable los salarios bajos y medios, y permite evitar el incremento de las cotizaciones existentes”⁷³.

54. Estos antecedentes suscitan diversas reflexiones en torno a los recursos o fuentes de financiación de la seguridad social, entendida en sentido amplio. En síntesis, todo análisis al respecto indefectiblemente debe reparar hoy en la insuficiencia de los recursos para mantener el statu quo y mejoramiento de la acción protectora de la seguridad social, realidad que impone la búsqueda de otros instrumentos o fórmulas de financiación, cuando los tradicionales sistemas cotizatorios, calculados sobre los rendimientos laborales y profesionales, progresivamente se van agotando. La evolución social demanda más y mejores prestaciones para afrontar los riesgos clásicos y otros nuevos que afloran en la sociedad. La financiación vía tributaria, como fuente básica aun limitada, resulta adecuada a las nuevas y crecientes necesidades, compensando los decrecientes ingresos por las cotizaciones sociales y equilibrando el coste de ciertas prestaciones de seguridad social (no contributivas), susceptibles de su disfrute por el mero hecho de resultar residentes en el país.

55. De la literalidad de la sentencia comentada, la afectación de unas contribuciones específicas de naturaleza tributaria concebidas para la financiación de determinadas contingencias de la seguridad social de un Estado miembro supone, según el TJUE, que quien las ingresa está contribuyendo indebidamente a la financiación de la seguridad social de ese país, cuando lo que procedería es contribuir exclusivamente al sostenimiento del régimen de seguridad social de los funcionarios de la UE que le es propio. Realmente en esta disyuntiva, los términos “tributo” y “cotización” desdibujan sus fronteras finalistas y se aproximan al confluir en su función elemental financiadora de la seguridad social.

2. Cotizaciones y aportaciones del Estado

56. Las fuentes de financiación de la seguridad social no son uniformes en los diferentes sistemas nacionales, ni existe a nivel comunitario una fórmula estándar aplicable con carácter armonizador

⁷² STJUE de 15 febrero 2000, *Comisión c. República Francesa*, C-169/98, EU:C:2000:85.

⁷³ Según matiza la STJUE de 15 febrero 2000, *Comisión c. República Francesa*, C-169/98, EU:C:2000:85.

en los países miembros⁷⁴. Esta situación exige abordar el tema de la financiación de la seguridad social con cautela y vocación generalizada, entendiendo la “contribución” como expresión omnicompreensiva de los recursos que sirven para sufragar los gastos de la seguridad social.

57. Tradicionalmente las cotizaciones de trabajadores y empresarios han constituido la principal fuente de financiación de las prestaciones contributivas, recaudadas específicamente, como se indicó, con la finalidad dominante de contribuir al sostenimiento de las cargas de seguridad social, observándose, en términos generales, una tendencia creciente y progresiva a costear las denominadas prestaciones de carácter no contributivo a través de la tributación.

58. La nota peculiar de la fiscalidad, en el contexto que analizamos, radica en su finalidad esencialmente recaudadora de los recursos necesarios para financiar las actuaciones que lleva a cabo el Estado en sus diversas políticas, incluyendo, por supuesto, funciones que corresponden al área de la política social, entre las que se incardinaría, en parte, objetivos propios de la seguridad social a través de específicas partidas presupuestarias. Mientras que la fiscalidad, en sus diferentes fórmulas y tipos impositivos –de contenido variable según los países interesados–, es materia que recae exclusivamente en el ámbito competencial del Estado, rigiéndose por el Derecho nacional y/o por convenios bilaterales (o multilaterales) para evitar una imposición múltiple, la seguridad social, siendo igualmente competencia del Estado, sin embargo es objeto de coordinación en el contexto comunitario a través de reglamentos directamente aplicables a los Estados miembros.

59. Sin duda, las cotizaciones de seguridad social y los tributos presentan algunas características comunes, si bien que en progresiva fusión atendiendo a sus objetivos. Ambos constituyen ingresos de carácter público, a cuyo pago vienen obligados los sujetos legalmente determinados en función de la relación jurídica que entablan, respectivamente, con la seguridad social o la agencia tributaria u otras variantes impositivas, siendo en el caso de la cotización el trabajador y, en algunos sistemas nacionales, igualmente el empresario; y en el campo de la tributación los contribuyentes en general, considerando sus circunstancias de fiscalidad. En ambos casos, tales ingresos son recaudados por organismos de carácter público, aminorando o directamente reduciendo los ingresos salariales o recursos de otra naturaleza del individuo en función de las variantes impositivas.

60. Respetado en todo momento el carácter laboral y social del presente estudio (con las limitaciones que ello comporta), en un intento delimitador de ambas figuras podría sostenerse que las cotizaciones son exacciones concebidas para costear, en principio o básicamente, las obligaciones contraídas por la seguridad social, fondo normalmente obtenido de puntuales deducciones salariales del trabajador por cuenta ajena o de los beneficios profesionales del autónomo, recursos que, como contrapartida, generan en el individuo cotizante el derecho, en su caso, a percibir prestaciones y asistencia de la seguridad social.

Los tributos, en cambio, suponen otro tipo de exacciones cuyo destinatario es el Estado, fijados sobre porcentajes deducibles de los ingresos percibidos por la persona física o jurídica o derivados de otros actos sujetos a imposición fiscal (renta, patrimonio, acciones, dividendos, etc), todos dirigidos a financiar servicios de variada naturaleza comprendidos en el gasto público, y no directa y específicamente encaminadas a sufragar coberturas o prestaciones determinadas en favor del ciudadano que cumple su obligación tributaria. En este contexto, el incremento del gasto público puede provocar el aumento del número y/o de la cuantía de los tributos o la imposición de nuevas exacciones.

61. Junto a la tributación dedicada a la financiación del gasto público general, existen tributos o, más bien, impuestos especiales, finalistas o afectados que, reconducidos y aplicados al ámbito propio de la protección social, sirven para financiar determinadas prestaciones o asistencias. A diferencia de

⁷⁴ Una aproximación a los recursos financieros propios de algunos Estados miembros se puede consultar en D. PIETERS, *Introducción al Derecho de la seguridad social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, Civitas, Madrid, 1992.

las cotizaciones de seguridad social, los impuestos en general no generan derechos concretos para los contribuyentes que los soportan e ingresan⁷⁵.

62. Pese a estas consideraciones, la diferenciación entre tributo y cotización es de todo punto ficticia⁷⁶, cuando se repara en la naturaleza jurídico tributaria de la cuota de seguridad social, dejando de considerarse como el precio del aseguramiento⁷⁷. En este sentido, es paradigmático nuestro Tribunal Constitucional (sentencia 39/1992, de 30 de marzo) cuando señala que “el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose de forma paulatina al concepto de tributación, en el que la existencia de la cuota no autoriza a exigir determinado nivel de prestaciones, ni su cuantía a repercutir en el nivel o contenido de las mismas”. Las cuotas de seguridad social son prestaciones patrimoniales de carácter público⁷⁸, cuya naturaleza tributaria no ofrece dudas, aunque no existe conformidad acerca del tipo de tributo en que deben encuadrarse: impuestos, tasas o contribuciones especiales⁷⁹.

V. Reflexión final: cotización y tributos en el Derecho comunitario

63. De cuanto se expone se deduce que para el TJUE, según el tenor de la sentencia Lobjkowitz, resulta irrelevante el concepto de impuesto y cotización de seguridad social que tengan los países miembros conforme a su legislación y consiguiente interpretación judicial. A título de ejemplo, en Francia, siguiendo la sentencia, el mero hecho de que un determinado concepto de índole contributiva sea utilizado en parte para financiar los sistemas de seguridad social, no implica que sea una cotización. El Tribunal administrativo francés, con sentido positivo finalista, ha señalado que las contribuciones pagadas por una empresa farmacéutica son impuestos y no cotizaciones, aunque se utilicen para financiar los sistemas de seguridad social⁸⁰. Sin embargo, la CSG siendo un “impuesto” de acuerdo con la terminolo-

⁷⁵ El recurso al impuesto puede revestir dos formas: una primera, “la incorporación al presupuesto de los gastos asumidos actualmente por los regímenes, es decir, su financiación a través del conjunto de recursos del presupuesto del Estado; otra, la fiscalidad, es decir, la afectación a los regímenes de deducciones obligatorias con una base distinta de la de las cotizaciones”. A. CHOZAS MARTÍNEZ, “Los problemas planteados por la seguridad social”, en AA.VV., *La financiación de la seguridad social. Los modelos alternativos y su crítica*, Instituto de estudios de sanidad y seguridad social (IESSS), Madrid, 1980, p. 155.

Algunos Estados miembros contemplan impuestos asociados a la cobertura de la seguridad social, o concretamente a determinados riesgos, pudiendo recaer sobre los empleadores y trabajadores autónomos, incluso en algunos casos, impuestos específicos para trabajadores, como las “contribuciones especiales del mercado de trabajo” danesas. Los impuestos específicos pueden recaudarse también a partir de productos comprados, por ejemplo, mediante el iva, o de ingresos relacionados con el trabajo. Algunos países como Italia asignan “contribuciones solidarias” y otros varios impuestos a financiar la seguridad social. En Francia, impuestos sobre los seguros de vehículos, o sobre los planes de ahorro de las empresas, o sobre las compañías farmacéuticas, sirven para financiar la seguridad social. B. SPIEGEL, G. STRBAN, K. DAXKOBLE, A. P. VAN DER MEI *The relationship between social security coordination and taxation law*, op. cit., págs.15-16.

⁷⁶ Sobre la posibilidad de aunar bajo una denominación ambas figuras y su valoración, vid C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Las prestaciones no contributivas y el reglamento 883/2004”, op. cit., p. 126.

⁷⁷ M. ALONSO OLEA Y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, op. cit., p. 403.

⁷⁸ En este sentido, A. MONTROYA MELGAR (Coord.), *Curso de Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1998, p. 104. Las posturas que han defendido otras teorías, como que se trata de un salario diferido o una exacción parafiscal, han cedido ante la consideración de la naturaleza tributaria de la cotización. Al respecto, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Las prestaciones No Contributivas y el Reglamento 883/2004”, op. cit. pp. 125 y ss.

⁷⁹ Los tributos se clasifican en las siguientes categorías: impuestos, tasas y contribuciones especiales. En el “impuesto” confluyen las características destacadas: se trata de un ingreso exigido al sujeto pasivo sin generar derecho a contraprestación (pagar un impuesto no da derecho directo e inmediato a gozar de los servicios públicos que afectan al ciudadano), constituyendo su hecho imponible “negocios, actos o hechos de cualquier naturaleza jurídica o económica, que ponen de manifiesto la capacidad contributiva (de aquel), como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de bienes o la adquisición o gasto de la renta. “Las tasas”, por su parte, tienen como hecho imponible la utilización del dominio público, la prestación de un servicio público o la actuación por parte de la Administración de un servicio que redunde de modo particular en el sujeto pasivo. Y las “contribuciones especiales” son tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento del valor de sus bienes como consecuencia de la ejecución de obras públicas o del establecimiento o ampliación de los servicios públicos. F. SAINZ DE BUJANDA, *Lecciones de Derecho Financiero*, Universidad Complutense, Madrid, 1987, págs. 154-155.

⁸⁰ B. SPIEGEL, G. STRBAN, K. DAXKOBLE, A. P. VAN DER MEI, *The relationship between social security coordination and taxation law*, op. cit., pág. 13.

gía nacional, tiene la consideración de “cotización de seguridad social” a los efectos del Reglamento nº 883/2004, según el tribunal de justicia.

64. El propio TJUE ha manifestado que “el hecho de que la contribución pública al presupuesto familiar adopte la forma de una prestación en metálico pagada con arreglo al Derecho tributario nacional y de que la prestación por hijo a cargo tenga su origen en una desgravación fiscal por hijo, no pone en entredicho la calificación como *prestación familiar* de esa prestación”⁸¹, y por tanto, se hallaría en la esfera de la seguridad social.

65. La sentencia Lobkowicz integra, de forma omnicomprendensiva, todo tipo de prestación, asistencia o ayuda social, en el concepto genérico de “seguridad social” siempre y cuando mantenga una vinculación con alguna de las coberturas que contempla el art. 3.1 del Reglamento nº 883/2004. Prescinde, asimismo, del concepto técnico jurídico que configure el concreto gravamen (acepción fiscal) de su financiación, con independencia, inclusive, de que tal específica cobertura no estuviere contemplada en el propio marco de protección social de los funcionarios de la UE.

66. Es contundente el TJUE cuando sostiene, en resumen, que toda carga o gravamen (impuesto o aportación ad hoc derivada del salario, cotización) cuya finalidad consista en subvenir a un gasto “integrado” o integrable en la esfera de la seguridad social, libera al funcionario de abonar cuota alguna de seguridad social fuera de la establecida en su Estatuto. Es posible deducir que para el TJUE todo recurso que sufraga la seguridad social, sea cual sea su naturaleza jurídica, es considerado en sentido amplio “cotización de seguridad social”. Y consecuentemente inexigible por ningún otro país.

La conclusión judicial, sin otras precisiones y planteamientos jurídicos del binomio cotización-impuesto, podría pugnar, en general, con las competencias del Estado miembro en el campo tributario y fiscal, partiendo de la teoría general del impuesto como principal factor de contribución al gasto público, inclusive podría influir negativamente en el propio funcionario al tiempo de retornar a su país de origen, solicitando aquella concreta cobertura.

67. Cabe excepcionar en esta afirmación, en su caso y con las oportunas reservas, los denominados impuestos finalistas que, concebidos para un gasto social definido, confluyen en la práctica integrables en los ingresos generales del Estado, que siempre y en todo caso atiende al derecho fundacional creado, compensando los defectos de ingresos sin que se neutralice su abono por un exceso de gastos. Esta observación distorsiona la categórica, pero aparentemente simplista, conclusión de la sentencia, que de forma insistente repara en la incuestionable y exclusiva competencia de la UE para la regulación y establecimiento de la seguridad social de los funcionarios comunitarios.

68. El tema excede, en ocasiones, los confusos términos de la resolución comentada requerida de una exquisita precisión en conceptos tan sensibles e interpretables como los conjugados. En suma, si desde el Derecho nacional se repara en la naturaleza de la contribución para calificarla como tributo o cotización, con los efectos que tal asignación genera en todo orden de cuestiones, desde el Derecho comunitario el enfoque es la utilidad finalista del ingreso, tributo o cotización de seguridad social, si acaso englobando en esta última categoría todas aquellas otras clases de contribuciones al margen de cuál sea su naturaleza jurídica, siempre que queden afectos a la financiación de la seguridad social. Consecuentemente, como tal interpretación se presupone desconocida para los países miembros, la misma menoscaba competencias y disminuye ingresos, situación que perdurará en tanto aquellos Estados, visto el tenor de la sentencia en este terreno, no cambien la idea finalista de cada impuesto o procedan a una profunda revisión de su sistema impositivo fiscal.

⁸¹ STJUE de 24 octubre 2013, *Lachheb*, C-177/12, EU:C:2013:689.

LAGUNAS EN EL DERECHO TRIBUTARIO DE LA UNIÓN EUROPEA

GAPS IN THE TAX LAW OF THE EUROPEAN UNION

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

orcid ID: 0000-0002-5994-2196

Recibido: 14.03.2017 / Aceptado: 05.04.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3878>

Resumen: Si el Derecho Tributario de la Unión Europea aspira a un mayor desarrollo y legitimidad, necesariamente debería partir de la articulación de unos principios de justicia tributaria en la disciplina de la Unión. En ausencia de una Constitución Europea, sólo cabe la deducción de tales principios de los derechos fundamentales que forman parte del Derecho de la Unión. Es más, ni el fracasado proyecto de Constitución Europea daba expresamente respuesta a esta necesidad. Posteriormente, en los cuerpos normativos resultantes del Tratado de Lisboa, ni el Tratado de la Unión Europea, ni el Tratado de Funcionamiento de ésta, dieron tampoco respuesta expresa a esta necesidad.

Palabras clave: Unión Europea, Derecho Tributario, principios, lagunas.

Abstract: If the Tax Law of the European Union aspires to further development and legitimacy, it should necessarily start from the articulation of principles of tax justice in the discipline of the Union. In the absence of a European Constitution, the deduction of such principles is only possible from the fundamental rights included in the law of the Union. Moreover, even the failed draft European Constitution did not expressly address this need. Later, in the norms derived from Treaty of Lisbon neither the Treaty of the European Union nor the Treaty on the Functioning of the European Union addressed expressly this need.

Keywords: European Union, Tax Law, principles, gaps.

Sumario: I. Carencias del Ordenamiento tributario europeo. II. Los tratados del Derecho originario de la Unión Europea. III. La justicia tributaria. IV. El derecho de propiedad como derecho fundamental. V. Extralimitación en el gravamen. VI. El parámetro de la racionalidad. VII. El sector de competencia de la Unión Europea. VIII. Errores de planteamiento en la extrafiscalidad europea.

I. Carencias del Ordenamiento tributario europeo

1. La seguridad jurídica es un valor consustancial al Estado de Derecho. No puede existir una verdadera seguridad jurídica sin un claro respeto a la jerarquía normativa y en la cúspide de la pirámide normativa en cada Ordenamiento siempre se encuentra la Constitución de cada Estado. El sometimiento de todas las leyes a los principios constitucionales es una garantía consustancial a los Estados actuales, sin la cual no podría existir un verdadero sistema jurídico y, en función de ello, un verdadero sistema tributario. El contribuyente tiene como principal garantía en los Ordenamientos estatales que cualquier ley tributaria necesariamente tendrá que someterse a los principios materiales de justicia tributaria es-

tablecidos en la Constitución de su Estado o que puedan deducirse por la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales consagrados en la misma Constitución, siempre atendiendo también al mayor o menor grado de delimitación expresa de los referidos principios en el texto constitucional.

2. Este esquema de actuación tan claro para el legislador tributario en el ámbito estatal, aparece en gran medida desdibujado cuando afrontamos el Derecho Tributario de la Unión Europea. En el Derecho originario de ésta no existe una delimitación expresa de cuáles sean los principios materiales de justicia tributaria en la disciplina comunitaria. De este modo, las directivas de armonización fiscal no encuentran dentro de la disciplina de la Unión unos parámetros claros de justicia a los que someterse o que le sirvan de guía al legislador comunitario. No obstante, como sucede en la disciplina constitucional de algunos Estados, aunque no se dé en ciertos casos una delimitación expresa de tales principios o de alguno de dichos principios, cabe su deducción en cierto modo de la disciplina de los derechos fundamentales, como ha hecho algún Tribunal Constitucional.

3. Algo así se podría hacer también dentro del Derecho de la Unión Europea. Dado que ni en el Tratado de la Unión Europea, ni en su Tratado de Funcionamiento, se describen expresamente unos principios de justicia tributaria, cabría la deducción de algunos de éstos de la consagración del derecho fundamental a la propiedad privada en la disciplina de los derechos humanos o fundamentales de la Unión. No atender este problema o cuestión, supondría desconocer totalmente los derechos y garantías de los que el contribuyente europeo no debe verse privado. Sólo sobre una delimitación de tales principios en el ámbito de la Unión Europea, se podría dar una construcción legítima del sistema de armonización fiscal comunitaria.

4. Dentro del ámbito de competencia tributaria de la Unión Europea, ya sea en su actuación sobre los impuestos de titularidad estatal a través de la armonización fiscal comunitaria de los mismos, ya sea en materia de recursos propios de la Unión de naturaleza tributaria como los derechos de aduana, no se podrá avanzar realmente en la construcción normativa mientras no exista una clara delimitación de los principios materiales de justicia tributaria a efectos comunitarios, principios que deben constituir las bases sobre las que edificar la estructura tributaria europea.

5. Resultaría extraño que, en un sistema constitucional actual, no se reflejasen en la Constitución de un Estado democrático los principios rectores de su Ordenamiento tributario, especialmente los principios materiales de justicia tributaria. No obstante, tan importante o más que la consagración en sí de los principios materiales de justicia tributaria, sería el desarrollo que de los mismos se haga en la jurisprudencia constitucional. Podemos encontrar algún sistema constitucional donde no se haga una descripción detallada de los principios materiales de justicia tributaria en el texto de la Constitución, pero que sin embargo se trate de un Estado en el que su Tribunal Constitucional haya deducido éstos de la consagración de ciertos derechos fundamentales, pudiendo llegar a sí a construcciones jurisprudenciales de gran alcance y utilidad. En tal sentido podríamos fijarnos por ejemplo en alguna sentencia en materia tributaria del Tribunal constitucional alemán. Frente a ello, aun en Estados donde se haga una descripción de los principios materiales de justicia tributaria en sus Constituciones, a veces sus Tribunales Constitucionales no avanzan lo suficiente jurisprudencialmente en el desarrollo, definición y articulación de tales principios. Como ejemplo, podríamos fijarnos en la falta de concreción del alcance del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria por el Tribunal Constitucional español, máxime cuando el derecho a la propiedad privada representa un derecho fundamental consagrado en la Constitución; aunque la tributación pueda representar una manifestación de la necesaria función social de la propiedad, es necesario determinar cuándo el sistema fiscal provoca una extralimitación en tal función social, vaciando de contenido el concepto de propiedad y haciendo prevalecer en ésta el componente público sobre el privado. La propiedad es constitucionalmente y en esencia privada y hacerla predominantemente vinculada a una función pública supondría despreciar el necesario referente privado.

6. La Unión Europea no tiene una Constitución. El Tratado que se quiso impulsar con ese nombre, no fue aprobado en algunos Estados. Aunque se hubiese refrendado en todos los Estados

miembros y hubiese entrado en vigor, aquel Proyecto de Constitución Europea no habría solucionado el problema de la carencia de unas bases sólidas tributarias en el derecho de la Unión. En el fracasado Proyecto de Constitución Europea no se describían unos principios materiales de justicia tributaria. Su sucesor, el, posteriormente aprobado, Tratado de Lisboa, tampoco solucionó el problema. El Tratado de Lisboa vino a configurar, como los textos esenciales del Derecho originario o primario de la Unión, el Tratado de la Unión europea y el Tratado de Funcionamiento de ésta. Como hemos visto, en ninguno de estos dos tratados encontramos una descripción de los principios materiales de justicia tributaria a los que deba someterse el Derecho derivado de la Unión, especialmente, dentro de éste, las directivas de armonización fiscal.

7. Las instituciones comunitarias no encuentran en el Derecho originario de la Unión Europea unos claros referentes de justicia tributaria a los que tenga que someterse su Derecho derivado de naturaleza tributaria. Ahora bien, sí forma parte de la disciplina de los derechos fundamentales o humanos de la Unión el derecho de propiedad. Este derecho, como derecho fundamental, forma parte del Derecho originario de la Unión. Del derecho de propiedad pueden derivarse ciertos principios materiales de justicia tributaria, esencialmente el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. Las directivas de armonización fiscal de la Unión Europea, como parte del Derecho derivado de ésta, deben someterse al derecho de propiedad, como derecho fundamental integrante de su Derecho originario.

8. Pero uno de los principales problemas a la hora de deducir del derecho de propiedad los principios materiales de justicia tributaria a aplicar en la disciplina tributaria de la Unión Europea, sería el relativo a que los impuestos de competencia de la Unión son esencialmente impuestos indirectos; en general, incluso a nivel nacional, la concreción de los principios materiales de justicia tributaria se encuentra muchísimo menos desarrollada en relación a los impuestos indirectos, en comparación con lo que sucede en sede de impuestos directos.

9. De otro lado, aunque existan recursos propios de la Unión de naturaleza tributaria como los derechos de aduana, el Poder Tributario de la Unión se ejerce esencialmente en relación a impuestos que son de titularidad estatal, aunque armonizados conforme a directivas comunitarias.

10. Todo esto haría más que necesario que al menos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en una futura conveniente reforma del mismo, se realizase una delimitación expresa de los principios materiales de justicia tributaria a los que deban someterse las directivas de armonización fiscal, atendiendo las peculiaridades que tal armonización representa como ejercicio de Poder Tributario. Ello sentaría unas bases que permitirían un desarrollo de la armonización fiscal legitimado en mayor medida ante los contribuyentes europeos.

11. Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido la posibilidad en algunos casos de sentar ciertas bases sobre principios materiales de justicia tributaria en el ámbito comunitario, pudiendo haber partido de la interpretación del derecho de propiedad como derecho fundamental, sin embargo no ha aprovechado para explorar todas las posibilidades que este derecho fundamental puede ofrecer en tal sentido. Más allá de la disciplina de los derechos fundamentales de la Unión Europea, está también el Convenio Europeo de derechos humanos. Éste forma parte del ámbito del Consejo de Europa. De todos modos la Unión Europea hace suya, como parte de su Ordenamiento, la disciplina de los derechos fundamentales derivada del citado Convenio Europeo de derechos humanos. Pues bien, en sede de Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de derechos humanos, interpretando el derecho de propiedad en el ámbito tributario, ha ido mucho más allá que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, llegando a reconocer ciertas situaciones impositivas como confiscatorias. En función de lo expuesto, se trata de una jurisprudencia trasladable a la disciplina comunitaria. No obstante, para dar mayor seguridad jurídica en la materia, sería especialmente importante una delimitación expresa de los principios materiales de justicia tributaria dentro del Derecho originario de la Unión Europea.

II. Los tratados del Derecho originario de la Unión Europea

12. Como apuntábamos, ni dentro del Tratado de la Unión Europea, ni dentro del Tratado de Funcionamiento de ésta, ni, en general, dentro de los tratados que han existido en su Derecho originario, encontramos una definición de los principios materiales de justicia tributaria. La Unión es titular de un Poder Tributario, como poder de creación normativa en materia tributaria. En el caso de los recursos propios de naturaleza tributaria, como los derechos de aduana, tal Poder va ordenado, no sólo a la protección del mercado comunitario, sino también a la obtención de ingresos para la Unión. En el caso de la armonización fiscal tal Poder se ejerce sobre impuestos que no son de titularidad de la Unión, sino de cada uno de sus Estados miembros; todo ello sin perjuicio de que la existencia del Impuesto sobre el Valor Añadido –impuesto armonizado– sirva de base a la estructuración de un recurso propio de la Unión. Se trata de un Poder Tributario que se ejerce sin un marco normativo dentro del Derecho de ésta que delimite expresamente las pautas en materia de principios de justicia tributaria en su ámbito competencial.

13. Ahora bien, dentro de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión, encontramos el derecho a la propiedad privada, que puede actuar como límite en materia tributaria, incluso habiéndose deducido en algunos Estados miembros de la Unión determinados principios de justicia tributaria de la consagración de dicho derecho en sus Constituciones. Dado que la armonización fiscal incide esencialmente en los impuestos indirectos y los más importantes de éstos se encuentran armonizados, este estudio nos llevará a concretar cómo puede actuar el derecho de propiedad como límite en materia de imposición indirecta. Dentro de la disciplina interna o nacional, los principios de justicia tributaria representan –o deben representar–, obviamente, la referencia esencial como principal límite a la creación legislativa tributaria. Dentro de los sistemas tributarios de los Estados miembros de la Unión Europea, algunos de los impuestos armonizados conforme a directivas comunitarias, se presentan como figuras esenciales en dichos sistemas: pensemos esencialmente en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en la inmensa mayoría de los impuestos especiales. En relación a estos impuestos, las directivas de armonización fiscal marcan, además de otros elementos esenciales, un mínimo impositivo que deben exigir todos los Estados, mínimo sobre el que en principio pueden exigir una tributación adicional, pudiendo así las leyes tributarias de cada Estado establecer una tributación mayor.

14. ¿A qué principios de justicia tributaria tendría que someterse ese mínimo que es competencia de las instituciones de la Unión Europea? Como apuntábamos, el Derecho Originario de la Unión Europea no determina expresamente los principios de justicia tributaria aplicables en sede de armonización fiscal y a los que tendría que someterse su Derecho derivado en materia tributaria. De todos modos, en el Derecho Originario de la Unión sí encontramos consagrado el derecho de propiedad como derecho fundamental y de éste podremos deducir ciertos principios o ciertas pautas en materia de justicia tributaria, que podrían actuar como límite en relación a las directivas de armonización fiscal. Digamos que es un gran e importante vacío dentro del Derecho de la Unión Europea, que se puede intentar llenar o integrar a través de una interpretación amplia y actualizada del derecho de propiedad, tomando también en consideración el acceso a ésta y los distintos tipos de bienes o productos que puedan ser objeto de la misma. Se trata, pues, de llenar un importante vacío en materia de principios de justicia tributaria en el Derecho de la Unión Europea, a partir de un estudio del derecho fundamental a la propiedad privada desde la perspectiva impositiva y, lo que es más innovador aun, esencialmente desde la perspectiva de la imposición indirecta, parcela de la imposición, esta última, también más necesitada de estudios sobre justicia tributaria, en comparación con el mayor número de trabajos en este ámbito referidos a la imposición directa.

15. Como decimos, los principios materiales de justicia tributaria se encuentran mucho más estudiados en relación a los impuestos directos, que en relación a los impuestos indirectos, siendo éstos el objeto principal de la armonización fiscal. Al mismo tiempo, como ya hemos expuesto, dentro del Derecho Originario de la Unión Europea, no encontramos una delimitación expresa de los principios de

justicia tributaria. En algunas normas comunitarias o en algunas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede intuirse, en casos aún más bien puntuales, un interés subyacente hacia el respeto de algunos de estos principios. Pero, como decimos, no existe hasta el momento una delimitación de los principios de justicia tributaria en el Derecho Originario –o primario– de la Unión Europea que sirva de límite a la producción normativa dentro del Derecho Derivado –o secundario– de aquélla.

16. Al mismo tiempo, con contadas excepciones, la doctrina tributaria le ha prestado poca atención a los principios de justicia tributaria en el seno del Derecho de la Unión Europea, en comparación con la atención que se le ha prestado a dichos principios desde la perspectiva de su contemplación constitucional. Esto es natural. Pero es que proporcionalmente, la atención prestada a los referidos principios a nivel de la Unión Europea, en la doctrina no se encuentra en consonancia con la atención que se les debería haber prestado, en función del importante ámbito impositivo al que afectarían.

17. Poco a poco, eso sí, se ha ido abriendo camino la atención doctrinal a los derechos fundamentales en su proyección tributaria. En la disciplina de los derechos fundamentales resulta esencial la perspectiva internacional, no sólo a nivel de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de ésta, sino también a nivel del Convenio Europeo de derechos humanos y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de tales derechos. Pues bien, dentro de tal disciplina europea de los derechos fundamentales se encuentra consagrado el derecho a la propiedad, al igual que se hace en las constituciones de nuestro entorno.

18. Se trataría de delimitar hasta dónde llega la disciplina europea y hasta dónde la interna constitucional, en la proyección de tal derecho fundamental en materia tributaria, lo cual nos abrirá las puertas a la concreción de algunos principios de justicia tributaria a nivel europeo, dada su necesaria conexión con el derecho a la propiedad privada.

19. Así pues, se debe concretar qué valor tiene el derecho de propiedad en su proyección tributaria; qué límites determinaría en relación a la creación normativa tributaria; qué significado tiene tal derecho, como derecho fundamental a nivel europeo; qué principios de justicia tributaria, cómo y con qué contenido, se podrían deducir a nivel europeo de la consagración de tal derecho; cómo actuarían a nivel europeo tales principios como límite a la armonización fiscal y cuáles serían las especiales pautas interpretativas que habría que adoptar en esta materia, en función de que sean los impuestos indirectos el principal ámbito de competencia de las instituciones de la Unión Europea en materia tributaria, como objeto de armonización fiscal.

20. Todo lo anterior debe hacerse partiendo del análisis de las carencias de la disciplina de los principios materiales de justicia tributaria a nivel interno que aún puedan seguir existiendo, para posteriormente poder analizar con mayor fundamento la carencia casi absoluta de tal disciplina a nivel de Derecho de la Unión Europea.

21. Es necesario determinar la relación que a nivel interno tiene el derecho de propiedad –como derecho constitucionalizado– con los principios constitucionales de justicia tributaria. A partir de ahí se podrá determinar en qué medida dicha relación es extrapolable al Derecho de la Unión Europea, de tal forma que nos pueda ayudar a deducir ciertos principios, o al menos ciertos parámetros, de justicia tributaria a nivel de la Unión, que puedan servir como límites o marco necesario a respetar por las directivas de armonización fiscal. En todo este proceso será esencial la atención a las pautas que la jurisprudencia europea nos ha podido ir dando hasta la fecha en tal sentido.

22. Todo ello al final deberá desembocar con una concreción de hasta dónde llega la responsabilidad y competencia estatal e esta materia y con qué límites y hasta dónde llega la responsabilidad y competencia de la Unión Europea en este ámbito, determinando al mismo tiempo las posibles vías de solución de posibles conflictos en al sentido.

III. La justicia tributaria

23. La crisis atravesada por la economía europea y por la economía mundial ha puesto de manifiesto la necesidad de una mayor integración económica entre los Estados miembros de la Unión Europea. Dos elementos son esenciales en tal sentido: la política monetaria y la política fiscal, no pudiendo conseguirse una integración económica real si no concurren ambas. En materia de política monetaria se ha avanzado hacia una mayor integración en la zona euro y hacia una mayor limitación del déficit público. Pero en materia de política fiscal, sigue rigiendo la regla de la unanimidad en materia de armonización fiscal. Es la regla de unanimidad de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros la que sigue rigiendo en materia de adopción de directivas de armonización fiscal. Este déficit de legitimación democrática en materia de armonización fiscal, al no depender esencialmente de la decisión del Parlamento elegido por los ciudadanos europeos, sustrayéndose así a las históricas y tradicionales reglas de la legalidad tributaria, hace más necesaria aún la concreción de tales principios materiales de justicia tributaria como límite y garantía en sede de armonización fiscal para los contribuyentes de los Estados miembros de la Unión Europea, ante la supremacía del Derecho de ésta sobre el Derecho de aquéllos. Avanzar en relación a la concreción de los principios materiales de justicia tributaria en sede de armonización fiscal se presenta como un paso necesariamente previo a la ampliación de las competencias de la Unión Europea en relación a la mencionada armonización fiscal.

24. Ahora bien, aunque no exista una concreción expresa de tales principios materiales de justicia tributaria en el Derecho originario de la Unión Europea, algunos de dichos principios podrían deducirse de la consagración del derecho de propiedad como derecho fundamental dentro de dicho Derecho originario. Sería un proceso en cierto modo paralelo al realizado en algunos Estados miembros, que han deducido algunos de tales principios de la consagración del derecho de propiedad en sus Constituciones nacionales. Esto puede permitir un desarrollo de los principios de capacidad económica y, sobre todo, del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. En los Estados miembros, el desarrollo de los principios materiales de justicia tributaria se ha dado especialmente en materia de impuestos directos. Frente a ello, las competencias de las instituciones de la Unión Europea en materia de armonización fiscal se centran esencialmente en sede de impuestos indirectos. De esta forma, la concreción de principios materiales de justicia tributaria con respecto a la armonización fiscal, permitirá también avanzar en relación al desarrollo de tales principios en sede de impuestos indirectos.

25. Así pues, en el Derecho originario de la Unión Europea no encontramos una consagración de principios materiales de justicia tributaria, tal y como sí se hace en constituciones nacionales como la nuestra. De este modo, las directivas de armonización fiscal de la Unión Europea, que forman parte del Derecho derivado de ésta, no encuentran una determinación expresa de tales principios que les sirvan de límite. La construcción de tales límites o principios en el ámbito de aquélla necesariamente debe partir de la contemplación expresa del derecho de propiedad como derecho fundamental en el citado Derecho originario. Esto nos lleva de forma inmediata a entrar en comparación con el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria recogido en nuestra Constitución.

26. Como hemos apuntado, la armonización fiscal en la Unión Europea se desarrolla esencialmente en materia de imposición indirecta. La constante tensión entre la imposición directa y la indirecta no es algo que deba moverse sólo en sede de las distintas opciones de política socio-económica, sino que es necesario buscar los límites jurídico-constitucionales que puedan frenar a la segunda frente a la primera.

27. La atención hacia el Derecho Financiero y Tributario cada vez se ha centrado más, como debe ser, en la preeminencia de su análisis desde los principios contenidos en el apartado 1 del artículo 31 de nuestra Constitución, normalmente denominados principios materiales de justicia tributaria. Ahora bien, no debe ser esa la perspectiva exclusiva en su análisis, ni la que agote las posibilidades de contemplación constitucional del tributo.

28. Frente a lo que sucedía en la década de los ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, cada vez se pronuncia menos aquello de “la redistribución de la riqueza”. Recordemos que el artículo 131 de nuestra Constitución en su apartado 1 *in fine*, en relación a la renta y la riqueza, proclama «su más justa distribución». Esta importantísima declaración final de ese precepto debemos unirla a la consagración de España como un «Estado social y democrático de Derecho» en el apartado 1 del artículo 1 de nuestra Constitución. De esta forma, la a veces olvidada dimensión social de nuestro Estado se dejaba sentir ya en el primer precepto de nuestra Constitución.

29. En función de todo lo anterior, si ponemos en relación los artículos 1.1, 31.1 y 131.1 de nuestra Constitución, nos encontramos con que en un Estado social y democrático de Derecho no cabe sino articular la redistribución de la riqueza a través del ingreso y del gasto público en función de la capacidad económica del sujeto. De este modo, en un Estado social y democrático de Derecho el Derecho Financiero y Tributario debe presentarse como la articulación jurídica de la redistribución de la riqueza.

30. Cuando nos encontramos con situaciones de imposición desorbitada en las que la carga fiscal sobre un bien o producto supera el precio de éste antes de impuestos, nos vemos en la necesidad de encontrar el anclaje constitucional de la norma que pueda impedir dicho exceso. Esto nos lleva a fijarnos en que en relación al respeto en materia tributaria del derecho a la propiedad privada, en ocasiones se cuestiona la carga fiscal máxima sobre la titularidad de ésta, descuidando el análisis de los límites de la carga fiscal sobre los actos de acceso a la misma, es decir, de la carga fiscal que se soporta al adquirir un bien o producto.

31. En la determinación de cuándo se puede producir una violación en el plano fiscal del derecho de acceso a la propiedad, debemos partir de la concreción del límite o límites cuantitativos o porcentuales que se deben aplicar a la imposición sobre el consumo, ante los principios materiales de justicia tributaria. Para consumir un bien hay que adquirirlo; el problema se presenta cuando la carga fiscal sobre un bien o producto dificulta ilegítimamente y de manera desproporcionada la posibilidad de su adquisición. Además, debemos fijarnos no sólo en los tradicionales esquemas de la propiedad privada, forjados esencialmente pensando en la propiedad inmobiliaria, sino que debemos pensar en la propiedad de cualquier tipo de producto, porque, en principio, para consumirlo, primero hay que adquirirlo y, así, adquirir su propiedad. A tales efectos, no podemos partir sólo de la disciplina estatal, sino que también se debe tomar en consideración la incidencia en este tema del Derecho de la Unión Europea, en cuanto que la mayoría de los impuestos indirectos han sido y son objeto de armonización fiscal comunitaria. Podríamos haber comenzado hablando de no confiscatoriedad, lo que sucede es que en la disciplina comunitaria europea no se habla expresamente de ésta, pero sí del derecho de propiedad. Recordemos que la disciplina fiscal comunitaria se centra esencialmente en la imposición indirecta, de ahí que hablemos del acceso a la propiedad y no de la tenencia de ésta, pues esto último quedaría en el ámbito de la imposición directa, de competencia esencialmente estatal.

32. Así, en nuestro análisis deberemos centrarnos en la interpretación de la idea de no confiscatoriedad a la luz del derecho fundamental a la propiedad privada, como derecho fundamental consagrado no sólo en nuestra Constitución, sino también en la disciplina comunitaria europea de los derechos fundamentales. De este modo, dentro de la consagración de los derechos fundamentales, en su proyección tributaria, un punto de partida esencial debe ser la contemplación del derecho a la propiedad privada, consagrado expresamente tanto en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, como dentro del Derecho originario de ésta. Las medidas de armonización fiscal aprobadas por las instituciones de la Unión Europea no podrán violar tal derecho, que a su vez debe ser contemplado no sólo desde los tradicionales esquemas forjados en el ámbito nacional, principalmente desde la perspectiva de la propiedad inmobiliaria, sino, como decimos, desde una visión más amplia en cuanto que casi todo para poder ser consumido debe ser primero objeto de propiedad por el consumidor y la imposición sobre el consumo constituye el núcleo esencial dentro de la armonización fiscal de la Unión Europea.

33. La contemplación del derecho a la propiedad privada desde la perspectiva de la imposición indirecta, nos debe hacer plantearnos, como hemos apuntado, no sólo la incidencia de la imposición sobre la titularidad o propiedad de los bienes, sino esencialmente la incidencia de la imposición sobre el acceso a la propiedad de los mismos, hasta el punto de poder llegar a ser considerada como confiscatoria. La contemplación, desde la perspectiva fiscal, del derecho de propiedad, no sólo en materia de imposición directa, sino también en materia de imposición indirecta, se presentaría como lo más acorde con los postulados de un Estado social y democrático de Derecho. La contemplación de la incidencia de la imposición sólo sobre la titularidad de la propiedad y no sobre el acceso a la misma sería algo contrario a tales postulados. De esta forma, revitalizar la idea de no confiscatoriedad también en relación a la imposición sobre el consumo, se presenta como una ayuda a la tarea de redistribución de la riqueza, debiendo representar el Derecho Financiero y Tributario la articulación jurídica de dicha tarea en un Estado como el nuestro.

34. La evolución de la integración europea y, con ello, de la armonización fiscal comunitaria en ocasiones parece dejar en el olvido los mencionados postulados. Inmersos en el contexto comunitario europeo, cada vez parece más incómodo o trasnochado para algunos hablar en relación a la riqueza de «su más justa distribución»¹. Pero el hecho de que el derecho a la propiedad privada forme parte tanto de la disciplina constitucional nacional como de la disciplina comunitaria europea nos permite poder utilizar la interpretación de este derecho a la luz de la imposición indirecta para poder revitalizar los postulados del Estado social y democrático de Derecho, intentando limitar este tipo de imposición en aquello en que pueda llegar a considerarse como confiscatoria.

35. La consagración en la disciplina de la Unión Europea del derecho a la propiedad privada supone un límite esencial a un crecimiento cuantitativo desmedido de la armonización fiscal comunitaria en materia de tipos de gravamen sobre el consumo. El protagonismo de la armonización fiscal comunitaria en la imposición sobre el consumo, hace que el análisis de la prohibición de confiscatoriedad en relación a tal tipo de imposición deba partir de su aplicabilidad en el ámbito de aquélla para, a partir de la misma, fijarnos en lo que añade la imposición de responsabilidad exclusivamente nacional a los mínimos comunitarios armonizados. En función de ello, en los posibles supuestos en principio criticables o discutibles, habrá que analizar hasta dónde llegaría la responsabilidad de la Unión Europea y hasta dónde la responsabilidad exclusivamente nacional, ante la prohibición de impuestos sobre el consumo confiscatorios, que chocarían con el derecho fundamental a la propiedad privada, en su contemplación nacional y comunitaria.

36. Todo ello sin perjuicio, obviamente, de que la prohibición constitucional de confiscatoriedad, en relación a la imposición sobre el consumo, pudiese, en su caso, ser también susceptible de consideración en campos impositivos de competencia esencialmente estatal.

37. Dejando a un lado lo anterior, desde ARISTÓTELES² podemos encontrar justificaciones racionales de que debe observarse el dicho, ya popular, de que en el término medio está la virtud. De alguna manera, a este dicho tan aparentemente evidente se le pueden encontrar aplicaciones lógicas y raciona-

¹ Artículo 131.1, final, de la Constitución española.

² «Veamos un ejemplo: suponiendo que el número diez represente una cantidad grande, y el número dos una muy pequeña, el seis será el término medio con relación a la cosa que se mide; porque seis excede al dos en una suma igual a la que le excede a él el número diez. Éste es el verdadero medio según la proporción que demuestra la aritmética, es decir, el número. Pero no es éste ciertamente el camino que debe tomarse para buscar el medio tratándose de nosotros. En efecto, porque para tal hombre diez libras de alimento sean demasiado y dos libras muy poco, no es razón para que un médico prescriba a todo el mundo seis libras de alimento, porque seis libras para el que haya de tomarlas, pueden ser una alimentación enorme o una alimentación insuficiente. Para Milon es demasiado poco; por el contrario, es mucho para el que empieza a trabajar en la gimnástica. Lo que aquí se dice de alimentos, puede decirse igualmente de las fatigas de la carrera y de la lucha. Y así, todo hombre instruido y racional se esforzará en evitar los excesos de todo género, sean en más, sean en menos; sólo debe buscar el justo medio y preferirle a los extremos. Pero aquél no es simplemente el medio de la cosa misma, es el medio con relación a nosotros» (ARISTÓTELES: «De la naturaleza de la virtud», *Moral a Nicómaco*, Libro segundo, Capítulo VI, en www.filosofia.org/cla/ari).

les, con amparo jurídico, en la materia que estamos analizando. La solución a primera vista se puede así incluso buscar en la razón popular. Lo más complejo es buscarle su justificación jurídica, tanto desde la perspectiva de las constituciones nacionales, como desde la perspectiva del Derecho originario de la Unión Europea. Pues bien, como punto de inicio, intentaremos acercarnos a algo así como que la carga impositiva pueda llegar como máximo³ al término medio del total, debiendo concretar esto en función de qué sea ese total, es decir, en función de la magnitud que se mida.

IV. El derecho de propiedad como derecho fundamental

38. Las ideas de propiedad y no confiscatoriedad son inseparables en el ámbito tributario. En una primera aproximación, podríamos definir el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria como el deber del legislador tributario de no establecer tributos que en su configuración determinen una tributación que anule las posibilidades de actuación económica del sujeto⁴, al provocar una tributación irracional. A nuestro entender, en función de lo anterior, la no confiscatoriedad en materia tributaria se presentaría como una especificación del derecho a la propiedad privada en el ámbito tributario⁵.

39. El artículo 31 de la Constitución, en su apartado 1, establece que el Sistema tributario no podrá tener alcance confiscatorio. Presenta este precepto el deber de contribuir⁶ a partir de la capacidad económica del contribuyente, debiéndose configurar el Sistema tributario dentro de los parámetros de la igualdad y la progresividad, presentándose estos dos principios como «inspiradores» del mismo. De otro lado, su artículo 33 consagra el derecho a la propiedad privada, si bien pone de manifiesto al mismo tiempo la función social de la misma. Esta función social se puede contemplar desde muchas perspectivas y, entre ellas, el deber de tributación no se puede considerar ajeno a tal función social.

40. La doctrina, aunque en muy distinto grado, ha reconocido la vinculación de la prohibición de confiscatoriedad a través del Sistema tributario con el respeto al derecho a la propiedad privada⁷.

³ La preocupación por el máximo de la imposición es que algo que podemos encontrar desde muy lejanos tiempos y así hace más de dos mil años ya podíamos leer que «cuando se agotan los recursos, los impuestos se recaudan bajo presión. Cuando el poder y los recursos se han agotado, se arruina el propio país. Se priva al pueblo llano del 70 por 100 de su presupuesto, mientras que los gastos del gobierno para equipamiento se elevan al 60 por 100 del suyo» (SUN TZU *El arte de la guerra*, Versión de T. CLEARY, traducción de A. COLODRÓN, 32ª edición, EDAF, Madrid, 2007, p. 30).

⁴ Cuando hablamos de que no se anulen las posibilidades de actuación económica del sujeto no queremos decir que a éste se le pueda dejar lo mínimo, sino que tal situación económica debe estar más próxima al resultado de la iniciativa del sujeto y nunca por debajo de su contribución al sostenimiento de los gastos públicos. Frente a esto, a veces la doctrina, a nuestro entender desacertadamente, ha sido demasiado retraída al describir lo que legítimamente podría quedar en manos del sujeto después de la tributación. Así, dentro de esta línea sorprende lo limitado de las palabras de BERLIRI, quien señalaba que «la progresividad de la imposición no puede nunca ser tal que no deje al contribuyente al menos una suma suficiente para su mantenimiento» (*Corso istituzionale di Diritto Tributario*, Volume primo, Giuffrè, Milano, 1985, p. 128). El alcance de estas palabras nos parece muy corto o pobre. Además, esas palabras, en una autoridad doctrinal como BERLIRI, pueden representar un desacertado referente para los Tribunales Constitucionales europeos.

⁵ El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico número 6 de su Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, ha declarado lo siguiente: «Deber constitucional de contribuir cuyo cumplimiento no se encuentra desconectado del derecho de propiedad también constitucionalmente garantizado (art. 33 C.E.)».

⁶ Sobre la puesta en relación de los conceptos de deber de contribuir y de derecho de propiedad, véanse SOLER ROCH, M.T.: *Deber de contribuir y derecho de propiedad en el ámbito de protección de los derechos humanos, Lección Inaugural, Curso Académico 2011-2012*, Universidad de Alicante, 2011, pags. 5 y ss.; MIGUEL CANUTO, E. DE: «Capacidad económica y Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre el sistema tributario actual y situación financiera del sector público*, Homenaje al Prof. J. LASARTE ÁLVAREZ, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pp. 2913 y ss.; ROZAS VALDÉS, J.A.: «De la confiscación», en *Estudios sobre el sistema tributario actual y situación financiera del sector público*, cit., pp. 3221 y ss.

⁷ Véanse, entre otros, PALAO TABOADA, C.: «La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario», en *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 319 y 320; NÚÑEZ PÉREZ, G.: «La prohibición constitucional de tributos confiscatorios: dos supuestos», en *Impuestos*, núm. 22, 1991, p. 8; SÁNCHEZ SERRANO, L.: «Principios de Justicia Tributaria», Capítulo IV del *Manual General de Derecho Financiero*, Tomo Segundo, *Derecho Tributario. Parte General*, Comares, Granada, 1996, pp. 91 y 92; NAVERRA DE CASANOVA, G.J.: *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 448; CAZORLA PRIETO, L.M.: *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 112; GARCÍA DORADO, F.: *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber*

41. Nosotros creemos que se debe vincular la idea de no confiscatoriedad a la idea de propiedad privada. Ambas ideas, principios, límites, derechos, se contemplan en dos preceptos distintos de nuestra Constitución. Habría que plantearse si esto supone que a ambas ideas se les deba reconocer un sentido distinto o distante, cuando nos movemos en el ámbito tributario. A nuestro entender, la respuesta a tal interrogante debe ser negativa, debiendo reconocerse la vinculación de ambos conceptos o ideas.

42. Desde una perspectiva de pura técnica jurídica, en un plano más estricto y sistemático, se podría pensar que dos preceptos no pueden decir lo mismo, pues entonces uno de ellos sería inútil y, como principio dogmático, el legislador o, en este caso, el constituyente, no hacen nada inútil, de forma que, ante dos referencias en dos preceptos distintos, necesariamente hubiese que individualizar dos ideas distintas.

43. De todos modos, aquí lo que nos estamos planteando es si, siendo la idea de propiedad privada una idea general válida para las diferentes ramas del Ordenamiento jurídico, también jugaría en materia tributaria. Si es así, se podría pensar que con la consagración general del derecho de propiedad privada bastaría para impedir que los tributos no tuviesen alcance confiscatorio. Entonces, ¿qué utilidad vendría a tener la consagración expresa del principio de no confiscatoriedad? ¿Vendría a tener una significación distinta?

44. Pues bien, si, de esa perspectiva de técnica rigurosa, pasamos a una perspectiva de técnica de creación normativa útil, la consagración general de una idea no tiene porqué impedir la utilidad de una especificación de esa idea en un ámbito más concreto, reforzando el valor sustantivo e interpretativo de la idea en ese ámbito más específico. Algo de esto podríamos encontrar en el dato de que un precepto de la Constitución hable del derecho a la propiedad privada y que, además de éste, otro haga referencia a la no confiscatoriedad en materia tributaria.

45. La no confiscatoriedad puede ser entendida como una plasmación del límite que supone el respeto a la propiedad privada en materia tributaria. La Constitución consagra este derecho y quiere que

de tributación, Dykinson, Madrid, 2002, p. 90. Así pues, la inmensa mayoría de la doctrina reconoce la vinculación entre las ideas de no confiscatoriedad en materia tributaria y de respeto al derecho de propiedad privada. Pero frente a ello, existen autores que, en mayor o menor medida, le restan protagonismo a la idea de propiedad en la fundamentación de la exigencia de no confiscatoriedad en materia tributaria. De todos modos, el que reconozcamos la vinculación entre las ideas de propiedad y de no confiscatoriedad no quiere decir que no reconozcamos otras posibles dimensiones en la contemplación de esta prohibición constitucional. En tal sentido, AGULLÓ AGÜERO señala que «la prohibición de confiscatoriedad debe ser contemplada en función de la justicia del sistema tributario y no únicamente en función de la defensa de la propiedad, es decir, no como una garantía directa de la propiedad, sino como una garantía del propio sistema tributario frente a posibles desviaciones». Señala esta autora que «la prohibición de confiscatoriedad no trata de proteger directamente la propiedad ni como Derecho subjetivo ni como institución», añadiendo que «la propiedad ya está suficientemente garantizada por el artículo 33». Indica que «la imposición incide sobre la propiedad y la garantía de ésta no la afecta porque sus ámbitos de actuación son diferentes». Pero frente a ello, señala esta autora lo siguiente: «No obstante, puede darse una colisión entre ambas instituciones, y es por ello que entre los principios de la imposición se sitúa la prohibición de confiscatoriedad. Es posible que sin esta declaración el resultado fuera el mismo, pero con ella resulta evidente que el ataque a la propiedad mediante el sistema tributario tiene un límite, y que este límite es independiente, de un lado, de las razones fiscales o extrafiscales de los impuestos, y, de otro, de la concreta estructura que adopte el sistema tributario. A ese límite se le llama alcance confiscatorio. Dónde debe situarse es un problema que la conciencia histórico-social de lo justo se encargará de señalar en cada momento» («Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 36, 1982, p. 561). En el mismo sentido, véase MIRANDA PÉREZ, A.: «El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia fiscal», en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 20, 1998, p. 24. Pero muy crítico con la vinculación de las ideas de no confiscatoriedad y de propiedad privada se muestra MARTÍNEZ LAGO, quien, ante la prohibición constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria, destaca que «normalmente, esta referencia se ha relacionado por los autores con la defensa del orden económico privado, con la propiedad privada que aparece constitucionalizada en el artículo 33 de la norma fundamental». Sobre «este punto de vista», este autor señala que «padece, sin embargo, los errores procedentes de un defectuoso enfoque del significado que constitucionalmente adquiere la propiedad privada como derecho de los ciudadanos, que no puede desligarse en su consideración actual, desde luego, de su caracterización como función social» («Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de confiscatoriedad», en *Gaceta Fiscal*, núm. 81, 1990, p. 156). Frente a la opinión de este autor, es necesario apuntar que la función social de la propiedad no impide la consideración de la conexión de ésta con la no confiscatoriedad en materia tributaria, en cuanto que la confiscatoriedad implicaría una extralimitación en esa función social.

su respeto tenga una especial atención en la articulación del Sistema tributario, reforzando esta idea, al hablar expresamente de no confiscatoriedad y evitando el adelantar en el artículo 31 el concepto de propiedad privada, no dando lugar así a posibles interpretaciones fuera de lugar en relación a las distintas perspectivas desde las que se puede tomar en consideración la propiedad privada en materia tributaria.

46. La propiedad privada cumple una función social y el Derecho Financiero debe cumplir una función redistributiva de la riqueza en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Ahora bien, esto no puede suponer que, aunque el Sistema tributario pueda, como no puede ser de otra manera, afectar a la propiedad privada, sus figuras puedan incidir sobre ésta en una medida que deje sin contenido a tal derecho. El tributo puede afectar a la propiedad privada, pero aquél no puede llegar a un nivel que deje vacío de contenido en ciertos supuestos el derecho a la propiedad privada. El tributo puede afectar a ésta, pero sólo hasta un cierto límite. ¿Qué límite? El determinado por un nivel de tributación más allá del cual la propiedad privada dejaría de ser esencialmente eso, es decir, esencialmente privada, pasando a ser más pública que privada.

47. El apartado 1 del artículo 31 habla de contribución al sostenimiento de los gastos públicos a través de un Sistema tributario entre cuyos principios inspiradores está la progresividad. Junto a ello, con la referencia expresa a la no confiscatoriedad en este precepto se quiere despejar cualquier duda en relación a que la consagración del deber de tributación en esos términos nunca puede justificar una tributación excesiva e irracional que haga que la propiedad privada pierda su contenido esencial, el de privada, pasándose, por el solo hecho del deber de tributación, a que fuese más pública que privada. Se resalta en el artículo 31.1 de la Constitución el deber de tributación, pero la importancia que se le da no puede interpretarse en el sentido de que ello permita desconocer la esencia del derecho a la propiedad privada y para ello se habla expresamente en este precepto de que la contribución a los gastos públicos a través del Sistema tributario no podrá tener alcance confiscatorio.

48. Si a la propiedad se le pone en la Constitución el calificativo de privada, sin desconocer su función social, siempre deberá estar en mayor medida al servicio o utilidad del contribuyente, que al servicio o utilidad de la Hacienda Pública. De no ser así, no tendría sentido que en la Constitución se hubiese hablado de la propiedad como privada.

49. La propiedad del contribuyente no puede ser más pública que privada; por ello sus bienes y derechos no pueden estar nunca en mayor medida al servicio del Fisco que al servicio de aquél. Esta regla se rompería si el Sistema tributario llegase a niveles confiscatorios.

50. Como se diría llanamente, si de lo que gano se lleva el Estado⁸ más de lo que me quedo o si cuando voy a gastar se lleva más el Estado que lo que vale aquello que yo me quedo para consumir, ahí la propiedad parecería más pública que privada.

51. Nuestra Constitución habla, como hemos visto, de no confiscatoriedad del Sistema tributario y del respeto al derecho de propiedad privada⁹. Ahora bien, dado que en materia de imposición sobre el consumo juega un papel esencial la armonización fiscal comunitaria, debemos fijarnos en un contexto más amplio, como es el que abarca la Unión Europea. Sería lo más fácil encontrarnos constituciones de Estados miembros de ésta donde sólo se habla del respeto al derecho de propiedad privada y no se habla

⁸ Y, obviamente, el resto de entes públicos.

⁹ Además de consagrar el derecho de propiedad, en el constitucionalismo sudamericano también podemos encontrar algún ejemplo de texto constitucional que hable expresamente de no confiscatoriedad en materia tributaria. Así, la Constitución Venezolana de 1999 establece expresamente en su artículo 317 que «ningún tributo puede tener efectos confiscatorios». Por otra parte, la jurisprudencia argentina se ha mostrado especialmente precisa a la hora de reconocer un límite cuantitativo a partir del cual un impuesto pasa a ser confiscatorio, concretando ese límite en el 33 por ciento. Y ello aun sin existir una referencia expresa en su texto constitucional a la prohibición de confiscatoriedad en materia tributaria. Sobre la no confiscatoriedad en el ámbito fiscal a la luz del constitucionalismo sudamericano, puede verse NARANJO RENDÓN, W.: «La determinación o búsqueda de límites cuantitativos frente a los tributos confiscatorios», en www.monografias.com/trabajos27/sistemas-tributarios, 2005.

expresamente de la no confiscatoriedad en materia tributaria. La consagración expresa de la prohibición de confiscatoriedad en materia tributaria no se prodiga en las constituciones europeas, pero puede derivarse de la protección en las mismas del derecho a la propiedad privada, sin olvidar su conexión con la problemática del principio de capacidad económica. De otro lado, dentro del Derecho de la Unión Europea podemos encontrar una consagración del derecho de propiedad privada, aunque tampoco encontremos expresamente contemplado el principio de no confiscatoriedad a través del Sistema tributario. Esa consagración del derecho a la propiedad privada en el ámbito del Derecho de la Unión Europea podemos individualizar partiendo de que, según el Tribunal de Justicia de ésta, los principios generales o derechos fundamentales que derivan de las Constituciones de los Estados miembros forman parte también del Derecho de aquélla. A ello se añade la consagración del derecho a la propiedad privada en la Carta europea de derechos fundamentales¹⁰. En este texto comunitario¹¹ se habla a secas del derecho a la propiedad, sin ponerle expresamente el calificativo de privada. Pero, obviamente, el sentido de tal texto y el contexto en el que se ubica dejan ver claramente, como no podía ser de otra manera en la disciplina comunitaria, que está haciendo referencia a la propiedad privada, núcleo esencial del propio concepto de propiedad.

52. Junto a ello, más allá de la disciplina comunitaria, es necesario destacar que el Protocolo Adicional nº 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹² establece en el primer párrafo de su artículo 1 que «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes», disponiéndose a continuación de lo anterior que «nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional». En el segundo párrafo de este mismo artículo se establece que «las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas». Este artículo 1 lleva por rúbrica «Protección de la propiedad»¹³. El hecho de que se hable en este precepto al mismo tiempo de propiedad y de impuestos en modo alguno podría interpretarse en el

¹⁰ El Proyecto de Tratado por el que se quería establecer una denominada Constitución para Europa y que ha sido sustituido por el Tratado de Lisboa –que ha sacado de su texto el contenido de la citada Carta–, señalaba en el apartado 1 de su artículo II-77 lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general». De todas formas, un texto similar lo podemos encontrar contenido en el apartado 1 del artículo 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, tanto en su versión 2000/C 364/01, como en su versión 2007/C 303/01, proclamada solemnemente el 12 de diciembre de 2007, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa. De este modo, el contenido de la Carta intentaba incorporarse al fallido texto de Constitución Europea. De todas maneras, aunque no lo recoja ya expresamente, el Tratado de Lisboa hace una remisión expresa a dicha Carta, como veremos a continuación. Por otra parte, en el quinto párrafo del Preámbulo de dicha Carta se señala lo siguiente: «La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

¹¹ A pesar del Tratado de Lisboa, podemos tener presente que la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, pronunciada en base al Requerimiento 6603-2004, formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se intentaba establecer una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (Primacía del Derecho Comunitario y alcance de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea), en su fundamento jurídico 2 señaló que «la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión», añadiéndose a continuación que «esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis».

¹² Convenio también contemplado en el Tratado de Lisboa, como tendremos ocasión de comprobar.

¹³ Sobre el derecho de propiedad a la luz de este Convenio desde la perspectiva tributaria, véase PÉREZ ROYO, F.: «El derecho de propiedad y la prohibición de discriminación en su disfrute como límites al poder tributario en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 109-110, 2001, pp. 23 y ss.

sentido de que estos últimos pudiesen anular a aquélla, pues ello iría en contra del propio reconocimiento de la protección de la propiedad privada¹⁴.

53. Al mismo tiempo, es necesario destacar que el Tratado de la Unión Europea ya estableció en el apartado 1 de su artículo 6 que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros», disponiéndose en el apartado 2 de este mismo artículo 6 que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». El apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, modificó el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Tras dicha modificación, en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se pasó a establecer que «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». En el apartado 2 de esta nueva versión del artículo 6 se establece que «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Por último, en el apartado 3 de esta nueva versión del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se establece que «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

54. Pues bien, en concreto, dentro de la problemática de los derechos fundamentales, en relación al derecho de propiedad, se puede partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 1979 (Asunto 44/79) y más recientemente se puede destacar la Sentencia del mismo Tribunal de 10 de julio de 2003 (Asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00). En esta Sentencia se señala que «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, este último se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido», añadiendo que «dentro de este contexto, el CEDH reviste un significado particular». Se destaca en esta Sentencia entre los derechos fundamentales así protegidos el derecho de propiedad, señalándose en la misma que cabrían restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales siempre y cuando «no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de esos derechos».

55. Así pues, en el Derecho de la Unión Europea, aunque no encontremos contemplado expresamente el principio de no confiscatoriedad a través del Sistema tributario, sí encontramos consagrado el derecho a la propiedad privada. Pero el impedir normas de la Unión Europea confiscatorias en materia tributaria se consigue al hacer valer el respeto al derecho de propiedad privada, consagrado también, como exponemos, dentro de la disciplina jurídica de aquélla. Además, la contemplación de un derecho fundamental como éste se debe considerar parte del Derecho originario de la Unión Europea, al que debe someterse el Derecho derivado de ésta.

56. De esta forma, pues, las normas tributarias que emanan de las instituciones de la Unión Europea, ya sean para regular los recursos propios de ésta, ya vayan dirigidas a la armonización fiscal,

¹⁴ Dentro de las Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales (2007/C 303/02), en el penúltimo párrafo de la explicación relativa al «derecho a la propiedad», se señala que «este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último».

no pueden tener un contenido que provoque efectos confiscatorios en materia tributaria¹⁵, pues con ello estarían violando un derecho fundamental integrante de la disciplina europea.

57. Por otra parte, en ocasiones los impuestos no persiguen como finalidad más directa el recaudar ingresos para hacer frente a los gastos públicos, sino el incidir sobre ciertos comportamientos del ciudadano, de forma que la carga económica del impuesto frene tales comportamientos, consiguiendo que el ciudadano limite o reduzca éstos para evitar en la medida de lo posible la citada carga económica que suponen. Se trata de comportamientos cuya limitación debe encontrar amparo en algún precepto de la Constitución. El artículo 31.1 de ésta establece, como hemos visto, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través del Sistema tributario dentro del respeto de unos principios, que se recogen en el mismo precepto constitucional. Pero, por ejemplo, dado que en otro precepto de la Constitución¹⁶ se protege el derecho a un medio ambiente adecuado, se estaría legitimado un impuesto que en vez de tener como finalidad directa el recaudar ingresos públicos, tuviese como objetivo frenar ciertas actuaciones o comportamientos que puedan afectar al medio ambiente, de forma que los ciudadanos, para no cargar con el peso económico de ese impuesto, decidan o prefieran dejar de realizar el correspondiente comportamiento o actuación. En el fondo, para tratarse de un impuesto extrafiscal puro, el legislador tributario al establecerlo debería tener como deseo principal el no recaudar nada, en vez de recaudar mucho. Ello supondría que no habría habido ningún comportamiento que hubiese afectado al medio ambiente, de los que podrían haber generado el devengo del impuesto. Así se habría cumplido la finalidad de proteger el medio ambiente y no se habría producido ninguna recaudación, no siendo ésta la finalidad del impuesto. Entre recaudar mucho y no recaudar nada, puede recaudarse poco y cuanto menos se recaude en mayor medida se habrá conseguido la finalidad perseguida por el legislador.

58. Con ello nos habríamos alejado de la finalidad propia o tradicional de los tributos¹⁷, pero eso no quiere decir que se puedan desconocer en tales casos los principios de justicia tributaria consagrados en el artículo 31 de la Constitución y el resto de derechos y garantías constitucionales que deriven de otros preceptos de aquélla.

59. Lo que hemos descrito sería el caso de un impuesto extrafiscal puro como se ha apuntado, es decir, de un impuesto con el que no se busca directamente recaudar, sino que el mayor deseo sería que no se recaudase nada.

60. Pero en ocasiones se presentan por el legislador como extrafiscales impuestos que no lo son totalmente, dado que con ellos, en función de la carga tributaria que representan y las actuaciones o situaciones sobre las que inciden, no sólo se busca incidir en el comportamiento de los ciudadanos, sino también obtener una importante recaudación. Mezclándose ambas perspectivas, el legislador tributario no suele mantener un rigor coherente en tales casos, no sabiendo conjugar acertadamente los criterios en juego y amparándose en una mayor o menor extrafiscalidad se intenta justificar una carga fiscal desmedida, que puede ser difícil reconocer como legítima.

61. En materia de imposición indirecta, los impuestos sobre consumos específicos tradicionalmente se han intentado presentar por el legislador, en mayor o menor medida, como extrafiscales, en el

¹⁵ Según FALCÓN Y TELLA «principios como la interdicción de la confiscatoriedad, el respeto a la propiedad privada y la libertad de empresa, que figuran en las Constituciones de todos los Estados miembros, constituyen también principios básicos del ordenamiento comunitario, que ha de respetar los derechos de los particulares derivados de dichos principios». Añade este autor que «dicho en otros términos, las instituciones comunitarias no pueden adoptar medidas que no habrían podido adoptar los parlamentos nacionales de ninguno de los quince Estados miembros, los cuales no podrían evidentemente establecer un impuesto confiscatorio» («La tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos: un impuesto confiscatorio y discriminatorio entre ganaderos», en *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1997, p. 6).

¹⁶ Artículo 45 de nuestra Constitución.

¹⁷ Sobre el término «extrafiscalidad», CASADO OLLERO señala que se trata de «una expresión vaga que apenas significa algo en sí misma, y con la que –por contraposición– pretende designarse todo aquello que se aleja de la función financiera, del fin recaudatorio (fiscal) propio de la imposición» («Los fines no fiscales de los tributos», en la *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 213, 1991, p. 455).

sentido de que vienen a provocar una mayor carga fiscal sobre ciertos productos porque el consumo de éstos puede resultar nocivo para la sociedad y cuanto mayor sea el peso económico de la carga fiscal sobre tales productos, mayor será el celo del contribuyente por limitar o reducir el consumo de los mismos. A veces el legislador, amparándose en esa pretendida extrafiscalidad, carga en demasía la fiscalidad de ciertos productos, aun siendo consciente de que por mucho que los cargue fiscalmente –dadas las condiciones de la sociedad actual, construida y dirigida por el Estado, como principal responsable– el ciudadano no puede prescindir de ellos.

62. Si nos fijamos en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, dentro de su Exposición de Motivos encontramos la referencia a ese corte extrafiscal de estos Impuestos. En concreto, en esa Exposición de Motivos se puede leer lo siguiente: «... los impuestos especiales de fabricación que constituyen, junto con el Impuesto sobre el Valor Añadido¹⁸, las figuras básicas de la imposición indirecta y se configuran como impuestos sobre consumos específicos, gravando el consumo de unos determinados bienes, además de lo que lo hace el IVA en su condición de impuesto general. Este doble gravamen se justifica en razón de que el consumo de los bienes que son objeto de estos impuestos genera unos costes sociales, no tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios privados, que deben ser sufragados por los consumidores, mediante una imposición específica que grave selectivamente estos consumos, cumpliendo, además de su función recaudatoria, una finalidad extrafiscal como instrumento de las políticas sanitarias, energéticas, de transportes, de medio ambiente, etc.»¹⁹.

63. Esa finalidad extrafiscal resulta más creíble en relación a los Impuestos sobre el Alcohol y Bebidas Alcohólicas y al Impuesto sobre las Labores del Tabaco, pues a nadie se le escapa lo nocivo que puede resultar el consumo de tabaco y de ciertas bebidas alcohólicas, a un determinado nivel, con el coste social que puede conllevar y que de algún modo se puede intentar compensar con actuaciones públicas que encuentren su referente, contrapartida o base económica al menos en parte en lo recaudado por tales impuestos. Sea como fuere, a cualquiera nos resultaría difícil defender lo no nocivo o beneficioso del tabaco o de un excesivo consumo de ciertas bebidas alcohólicas, con lo cual no es difícil verse legitimado para hablar de extrafiscalidad en relación a la fiscalidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas, por muy conscientes que seamos de que ciertas personas, con adicción al tabaco, por mucho que se aumente la presión fiscal sobre este producto, no van a encontrar fuerzas para dejar de consumirlo o consumirlo en menor medida y conscientes también de que el consumo de ciertas bebidas alcohólicas, aunque con moderación, incluso puede tener determinados efectos beneficiosos. Piénsese en todo lo bueno que se ha descubierto en relación a un consumo moderado de una bebida como la cerveza en ciertas situaciones. Y, de otras bebidas, con moderación, difícil es escapar hoy en determinadas situaciones de tradición social. Ahora bien, no está mal que quien abuse del consumo de éstas tema a su alto coste económico, acrecentado por la carga fiscal que soportan, pero que, al final, no hace mella en el bolsillo del rico, sino, como siempre, en el bolsillo del pobre; pero no es éste el momento de detenernos en las bondades de que la imposición directa siempre debería tener un peso mucho más evidente que la indirecta, a la luz de los principios constitucionales de justicia tributaria.

64. Pero volvamos aquí sobre lo más o menos extrafiscales que nos pueden parecer otros Impuestos Especiales, dejando ahora a un lado el Impuesto sobre la Electricidad, por su tipo de gravamen más bajo en proporción o en comparación con la carga fiscal de otros Impuestos Especiales y fijémonos en el Impuesto sobre Hidrocarburos y en el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte.

¹⁸ En adelante IVA.

¹⁹ En la práctica, la mayoría de los Impuestos Especiales llegan al consumidor final a través de una traslación económica y no de una pura traslación jurídica, dado que se aplican en fase única. Eso no quiere decir que no se deban tomar en consideración jurídicamente a la hora de determinar la carga que soporta el consumidor, pues, como, por ejemplo, se reconoce expresamente en el artículo 1 de la Ley de Impuestos Especiales, se trata de Impuestos que recaen sobre el consumo. Esto no quita que existan casos de traslación jurídica directa al consumidor; piénsese, por ejemplo, en el Impuesto sobre la Electricidad, que se repercute, junto con el IVA, al consumidor final, dado que la electricidad, mientras se mantiene dentro de las redes de transporte de energía, se encuentra en régimen suspensivo. De otro lado, en el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte el sujeto pasivo es esencialmente aquel sujeto a cuyo nombre se matricula el vehículo y para consumir el vehículo hay que matricularlo y para matricularlo hay que acreditar el pago del Impuesto o su exención o no sujeción.

65. Existen dos tipos de bienes sobre los que el legislador tributario suele “cebarse” injustificadamente, intentando alcanzar una recaudación desmedida, actuando de la forma en que, a primera vista, se resentirían menos ciertos sectores económicos o de la manera en que al ciudadano le quedarían menos alternativas para escapar de tal tributación. Se trata de los inmuebles y de todo lo relativo a la circulación rodada, centrada en los vehículos y los carburantes esencialmente. En el caso de los inmuebles, por mucho que se cargue fiscalmente a éstos el suelo físico no puede, en principio, crecer ni decrecer, es decir, hay el que hay. Por mucho que se cargue fiscalmente el suelo éste no desaparece.

66. Y algo similar sucede con el ámbito de los vehículos. Fijándonos en los impuestos indirectos, normalmente para conducir se hace necesario soportar el IVA, el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte y el Impuesto sobre Hidrocarburos, sin perjuicio de otros tributos, pudiendo citar, por ejemplo, el Impuesto sobre las Primas de Seguros que necesariamente se soporta por el seguro del vehículo. Todo lo que incide fiscalmente sobre el transporte, incide al final sobre el coste de cualquier producto, porque al final prácticamente todos los productos se transportan y todos viajamos aunque sea en transporte público y en poco salva la alta presión fiscal en función de lo anterior el dato de que los vehículos de transporte no particulares estén no sujetos o exentos en el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte²⁰.

67. Pues bien, tratándose de bienes y elementos necesarios para la vida diaria de ciudadanos de cualquier nivel económico, habría que plantearse hasta qué punto es legítimo hablar de extrafiscal en relación a la imposición sobre los carburantes, cuando es algo de lo que es muy difícil prescindir, cuando la técnica aun no ofrece alternativas viables y asequibles para los ciudadanos de cualquier capacidad económica. Por mucho que se cargue fiscalmente no se puede prescindir de ello. Bajo ese parcialmente falso expediente de la extrafiscalidad se abusa fiscalmente del consumidor, cuando el legislador tributario es consciente de que el ciudadano en los elementos necesarios de su vida cotidiana no puede prescindir de ciertos consumos y de eso se aprovecha el Estado.

68. Y en los ámbitos en los que tradicionalmente en conjunto la capacidad económica global de los contribuyentes suele ser más baja es donde precisamente se hacen más necesarios esos consumos. Piénsese en las zonas rurales y sobre todo en las zonas rurales de menor volumen de población, donde el transporte privado se hace más necesario que en las grandes ciudades y por lo tanto no se puede dejar de soportar en mayor medida, en principio, el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte y el Impuesto sobre Hidrocarburos. Al final estos impuestos terminan incidiendo en mayor medida en las zonas de menor nivel económico, zonas más necesitadas de ayuda y promoción.

69. Así pues, por una amplia serie de razones, creemos que no es conveniente que la Hacienda Pública se siga “cebando” en los carburantes para obtener una fortísima recaudación, amparándose en ideas, trasnochadas o que nunca han sido totalmente verdaderas, basadas en una extrafiscalidad más que limitada y parcialmente errónea.

70. Las cuestiones apuntadas nos hacen ver que en ocasiones no son lo suficientemente rigurosos los esquemas extrafiscales utilizados por el legislador tributario, pues se quieren cargar fiscalmente con bastante fuerza bajo esa apariencia ciertos productos, bajo el argumento de que esa mayor carga fiscal reduciría su consumo, pensando que el contribuyente desistiría de éste o lo limitaría. El problema es que se trata de productos de cuyo consumo el contribuyente no puede prescindir por mucho que se carguen fiscalmente, con lo cual el Sistema tributario se convierte en menos progresivo y menos justo, pues se trata de impuestos indirectos que sitúan en una posición cada vez más delicada a los sujetos de una menor capacidad económica global.

²⁰ Podemos tener en cuenta, por ejemplo, los autobuses como supuesto de no sujeción (art. 65.1.a.2º de la Ley de Impuestos Especiales) o los taxis como supuesto de exención (art. 66.1.a de la Ley de Impuestos Especiales).

71. Pero dejando a un lado lo anterior, lo que nunca puede suceder es que el expediente de la extrafiscalidad se utilice por el legislador tributario para desconocer los principios de justicia tributaria consagrados en el apartado 1 del artículo 31 de la Constitución. Y así, dado que la extrafiscalidad puede llevar a situaciones de tributación desproporcionada, especialmente hay que vigilar que ésta no se utilice para intentar justificar el llegar a impuestos confiscatorios. El hecho de que un impuesto sea extrafiscal no le permite ser confiscatorio. Los principios de justicia tributaria del artículo 31.1 de la Constitución no deben desconocerse por el hecho de que se utilice el expediente de la extrafiscalidad.

72. El Tribunal Constitucional ha declarado que el establecimiento de «impuestos de carácter primordialmente extrafiscal» debe realizarse «respetando las exigencias y principios derivados directamente de la Constitución (art. 31)»²¹. Entre estas exigencias y principios también estaría la limitación de no poder crear situaciones confiscatorias.

73. Pues bien, en función de todo lo anterior, los impuestos extrafiscales deben respetar los principios constitucionales de justicia tributaria, por lo que, junto a los demás, el principio de no confiscatoriedad a través del Sistema tributario también juega en relación a la disciplina tributaria extrafiscal, disciplina que, como hemos apuntado, no siempre se aplica con el rigor debido, pues en ocasiones el expediente de la extrafiscalidad se predica de situaciones que no se prestan realmente a la misma.

74. Entre los ejemplos que podríamos poner de productos con una presión fiscal excesiva, se encontraría sin duda alguna el de los carburantes. Esto podría dar a primera vista una cierta idea de desprecio por ciertas dimensiones medioambientales. Nada más lejos de la realidad. Hacemos ciertas consideraciones en el sentido de poner en evidencia un mal entendido o incorrecto planteamiento extrafiscal o desproporcionado en nuestra trayectoria impositiva²².

75. La protección del medio ambiente no puede justificarlo todo y máxime contra aquello que es muy difícil o casi imposible evitar por ciertos sujetos. La protección del medio ambiente no se debe hacer extralimitándose en la imposición sobre ciertos productos de los que una gran cantidad de sujetos, en unas condiciones que no son las más cómodas o favorables, no pueden prescindir.

76. No lo analicemos todo desde los esquemas de una gran ciudad bien comunicada con el resto del país y con el extranjero y donde el metro y los trenes de cercanías dan unas grandes posibilidades de transporte, que convierten casi en ilógico el uso del propio vehículo. Pensemos en ciudades a las que se tarda más en llegar en tren que en autobús. Pensemos en las zonas rurales. Pensemos en todo lo que no es el centro de una gran ciudad.

²¹ Fundamento jurídico 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo. En el mismo sentido, puede verse el fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1993, de 7 de junio. Además es necesario destacar en relación a estas sentencias que en los citados fundamentos jurídicos de las mismas se menciona la confiscatoriedad en materia tributaria, rechazando que se dé en los supuestos que analizan, pero sin que el Tribunal Constitucional se haya preocupado en estas sentencias de aclarar cuándo los impuestos pueden resultar confiscatorios, perdiendo, como en otras sentencias (fundamento jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1998, de 22 de enero, fundamento jurídico 23 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, de 16 de diciembre, y fundamento jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de julio), la oportunidad de contribuir a una mayor certeza para los operadores jurídico-tributarios en relación a los principios constitucionales de justicia tributaria y, en concreto, con respecto a la no confiscatoriedad en materia tributaria.

²² Tanto desde la disciplina nacional, como desde la armonización fiscal de la Unión Europea, se intenta justificar una elevada presión fiscal en materia de carburantes bajo la perspectiva de la protección medioambiental, pero descuidándose paradójicamente en ambos ámbitos la estructuración de dicha imposición en función de la real potencialidad de emisiones de CO₂; por ejemplo, se quiere tender hacia una equiparación de la carga fiscal del gasóleo con la de la gasolina, sin tomar en consideración las menores emisiones de CO₂ de los vehículos diésel frente a los de gasolina, si partimos de vehículos de similar potencia. Todo ello presidido por una tradición de carga fiscal superior al precio del producto antes de impuestos, impulsada desde la Unión Europea y agravada por nuestro Estado que, aunque pueda estar por debajo de otros Estados europeos en la presión fiscal sobre los carburantes, también lo está en nivel de renta y de transportes públicos, sin perjuicio igualmente de encontrarnos en la periferia geográfica europea y de tener una población rural con gran dispersión geográfica en zonas montañosas que dificultan el transporte público y fuerzan al transporte privado.

77. Habrá carburantes altamente contaminantes y fácilmente sustituibles. En relación a éstos sí cabría una mayor carga fiscal. Pero en relación a los no sustituibles la presión fiscal no puede suponer aprovecharse de algo de lo que no puede escapar el sujeto, para que la Hacienda Pública obtenga una fácil recaudación alejada de los principios constitucionales de justicia tributaria.

78. Foméntese el desarrollo del ferrocarril y del transporte marítimo todo lo posible y no dejando zonas privadas de un desarrollo efectivo de aquél. Prohíbase la circulación rodada particular en las zonas o núcleos más frágiles o de mayor contaminación. Prohíbanse ciertas actuaciones contaminantes. Establézcanse limitaciones. Auméntense considerablemente las ayudas a la investigación y producción de vehículos y carburantes menos contaminantes, hasta que se llegue a hacer a los mismos asequibles y viables para todos. A lo que no se puede llegar es a aberraciones ilógicas cargando fiscalmente de una forma irracional productos de los que no se puede prescindir en formas de vida que, paradójicamente, se quieren promocionar o defender su mantenimiento. Pensemos, así, en la defensa de las zonas agrícolas o rurales dentro de la Unión Europea y del paradójico peso fiscal desproporcionado que deben soportar en un elemento allí más que esencial como son los carburantes.

79. La forma en que se ha llevado hasta la fecha la vinculación de las ideas de fiscalidad y medio ambiente no ha sido la más correcta, justificando en el fondo en su contrapartida económica actuaciones lesivas del mismo. Es más, la trayectoria pública medioambiental no ha sido nada correcta, intentando con un rápido lavado de imagen corregir grandes errores silenciados del pasado. Hablamos de una política en materia de medio ambiente errónea no sólo en sede de fiscalidad.

80. Por todo ello, no queremos que los ejemplos que exponemos en este trabajo sean tomados como un desprecio por la perspectiva de la protección del medio ambiente, pues no habría nada más lejos de la realidad en nuestra intención. Entendemos, no sólo en el plano fiscal, que se puede mejorar y mucho la política medioambiental y su gestión económica. Es más, defendemos un fortalecimiento de la misma que, por otra parte, nunca deberá servir para justificar situaciones irracionales en materia tributaria, ni desde una perspectiva nacional, ni desde una perspectiva comunitaria.

V. Extralimitación en el gravamen

81. En la determinación de la cuantía de un límite en relación a la imposición sobre el consumo, es necesario partir de que éste debe ser, en principio, un límite general, es decir, en relación o válido para la generalidad de los productos y servicios, sin perjuicio de otros posibles límites especiales, en función de la toma en consideración de ciertas circunstancias particulares o excepcionales. Así, tratándose de bienes y servicios de primera necesidad, o sea, bienes y servicios sin los cuales no se puede sobrevivir, es lógico que el límite se encuentre por debajo de un límite general. Piénsese, por ejemplo, en alimentos y sustancias sin las cuales no es posible la vida humana. Es decir, tratándose de bienes y servicios de primera necesidad, el respeto a los principios constitucionales de justicia tributaria nos obligaría a respetar un límite inferior al posible límite general que en relación a la imposición sobre el consumo se debería fijar atendiendo al principio de no confiscatoriedad en materia tributaria.

82. Pues bien, en atención a este principio, la imposición sobre el consumo se debería mover por debajo de un determinado límite general, porque, de no ser así, podría estarse restringiendo indebidamente las posibilidades reales de acceso a la adquisición de los bienes y, de esta forma, las posibilidades de acceso a la propiedad de los mismos. Sin poder acceder a la propiedad o adquisición de los bienes, en principio, no se pueden consumir éstos. Volvemos a ver la conexión de este problema con el respeto del derecho a la propiedad privada. Sin el respeto de ese límite general se violarían tanto el mantenimiento de la propiedad privada, como las posibilidades de acceso a la misma, desde una perspectiva de rigor conceptual.

83. Si para consumir –lo que normalmente implica adquirir la propiedad de lo que se consume– uno debiese destinar al consumo una cantidad de unidades monetarias de su patrimonio en medida tal

que la carga impositiva con la que se queda el Estado es superior al valor económico de los bienes que se integran en su patrimonio, se estaría violando el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria, pues se estaría lesionando el derecho de propiedad privada tanto en relación a su mantenimiento, como en relación a su adquisición. Consumiendo, el Estado se llevaría más de lo que nos quedaría, o, dicho de otro modo, adquiriendo, el Estado se llevaría más de lo que recibimos. Pensemos aquí en una adquisición de la propiedad sobre productos en un sentido amplio, pues casi todos los productos son en rigor y realmente objeto de propiedad. Es decir, no nos movamos aquí con un esquema tradicional limitado en materia de propiedad, pensando, como se hace normalmente al oír ese concepto, en la propiedad sobre inmuebles, que no es el mejor ejemplo para ilustrar la problemática que se quiere poner aquí de manifiesto.

84. En función de lo expuesto, el límite entendemos que debería fijarse en la no superación de un porcentaje del 100% del valor del bien²³. Y, de cara a una viabilidad práctica en su aplicación, por elevado que sea y dada la tradición impositiva que ha venido rigiendo en nuestro ámbito, sería útil aplicarlo tomando en consideración sólo la imposición sobre el consumo. Mezclarlo, en una primera aproximación, con los porcentajes de imposición sobre la renta y el patrimonio, donde juegan tipos de gravamen progresivos, haría inviable su aplicación, dado que en estos otros impuestos sus tipos de gravamen determinan un porcentaje de tributación en función de la capacidad económica de cada sujeto individualmente considerado. Todo ello sin perjuicio de alguna consideración adicional que debamos hacer en relación a esos otros índices de capacidad económica posteriormente, especialmente con respecto a la renta.

85. Así pues, centrándonos en la imposición sobre el consumo, planteándonos la carga fiscal que puede soportar un determinado producto, debemos entender que ésta no podrá ser superior al cien por cien²⁴, de forma que la carga fiscal que soporte el consumidor final de un producto no pueda ser superior

²³ Aunque en relación a un tributo con una naturaleza muy particular y bien distinto de los impuestos que aquí nos vienen sirviendo de ejemplo, SOTRES MENÉNDEZ destacó que un «tipo del 115 por 100 del precio indicativo de la leche, reviste un claro carácter confiscatorio» («Nuevo régimen de la tasa suplementaria en el sector de la leche y productos lácteos (sistema de cuotas lecheras)», en *Gaceta Fiscal*, núm. 125, 1994, p. 186). En similar sentido se pronunció FALCÓN Y TELLA en relación al mismo tributo, señalando que «es evidente que un impuesto del 115 por 100 es contrario a la capacidad contributiva, ya que resulta confiscatorio» («La tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos: un impuesto confiscatorio y discriminatorio entre ganaderos», *cit.*, p. 5).

²⁴ En un alarde de inspiración, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 9 de su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, señala que sería «evidente el resultado confiscatorio de un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta». Lo que sucede es que esa “perogrullada” la manifestó el Tribunal Constitucional en materia de imposición sobre la renta, mientras que el límite del 100% del que hablamos aquí sería un límite en materia de imposición sobre el consumo. El límite del 100% no podría jugar de la misma manera en materia de imposición sobre la renta y en materia de imposición sobre el consumo. Una tributación del 100% en la imposición sobre la renta, obviamente en hipótesis de laboratorio, privaría al sujeto de cualquier renta que después hubiese podido destinar al consumo, con lo cual se cerraría, en función de ello, la posibilidad de una posterior imposición sobre el consumo. De todos modos, en la práctica, aunque no se haya concretado en un determinado porcentaje, lo que está claro es que para no considerar la imposición sobre la renta como confiscatoria el tipo de gravamen debería estar bastante por debajo de ese límite del 100%, mientras que la imposición sobre el consumo, aun sin llegar a este límite, podría moverse, para ciertos productos, por encima del límite que se pudiese establecer para la imposición sobre la renta. Por otra parte, en materia de imposición sobre la renta, la existencia de un mínimo exento (plasmado de una u otra manera, según el sistema fiscal de que se trate), ante un hipotético tipo de gravamen del 100%, haría que la tributación efectiva siempre estuviese por debajo de ese porcentaje, por muy alta que fuese, a lo que habría que añadir el juego, en el mismo sentido, de los otros tipos más bajos, dentro de la hipotética escala de tipos de gravamen. Pero, al margen de todo ello, tipos de gravamen muy altos en la imposición sobre la renta desincentivarían la producción y tendrían unos efectos económicos difícilmente pensables. De todos modos, parece excesivamente simplista el hecho de que el Tribunal Constitucional se permita decir que una tributación del 100 por 100 en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sería confiscatoria. Ante tal pronunciamiento del Tribunal Constitucional, YEBRA MARTUL-ORTEGA señala lo siguiente: «Lo que argumenta resulta obvio. Sólo en un Estado dictatorial cabe pensar que a uno se le despoje de sus rentas y propiedades o se ponga una tarifa del 100 por 100 y eso cabe pensarlo respecto a unos pocos, pero no a todos. Un impuesto de ese tipo se cobraría una vez nada más, puesto que al año siguiente no habría rentas ni propiedades para pagar, suponiendo que sobreviviera el sujeto pasivo» (*Constitución Financiera Española. Veinticinco años*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 191). Y es que parece sorprendente que un órgano como el Tribunal Constitucional realice unas consideraciones como las vertidas en la citada Sentencia 150/1990, consideraciones que SÁNCHEZ SERRANO califica de «peregrinas y pintorescas» (*Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 566, nota 97). En todo este tema debemos pensar siempre no sólo en la carga fiscal provocada por un impuesto, sino también y esencialmente en las situaciones de plurimposición, en cuanto acumulaciones de impuestos sobre un mismo objeto de gravamen.

a las cantidades que, por otros conceptos, esencialmente el precio, pague por el mismo. Así, en esencia, el impuesto que pesa sobre un producto no puede ser superior al precio del mismo.

86. Si un producto tiene un precio de 50, los impuestos indirectos que se acumulen sobre el mismo no deberían ser superiores a 50. De no ser así, se estaría destinando, ante el consumo, más unidades monetarias al Estado que a nuestra economía particular, violándose el derecho a la propiedad privada. De este modo, si no se respetase ese límite del 100% se limitaría el acceso a ésta, pues deberíamos destinar más unidades monetarias a la imposición que las correspondientes al valor que entra en nuestro patrimonio y saldría de éste más del doble del valor de lo que vuelve al mismo.

87. Si, por ejemplo, para adquirir un determinado producto necesitásemos 100 unidades monetarias y 51 correspondiesen a la carga fiscal que soporta el producto y 49 al precio real del mismo sin impuestos, para adquirir tal producto saldría de nuestro patrimonio más del doble de lo que vuelve al mismo, aunque sea para su posterior consumo. Y ello por motivos fiscales. Esto es lo que se debería considerar confiscatorio por atentar contra el principio constitucional de no confiscatoriedad del Sistema tributario, no respetándose el derecho a la propiedad privada.

88. Obviamente, estamos hablando de un límite extremo dentro de una dimensión constitucional. Estamos hablando de un límite de justicia dentro de la lógica constitucional. Pero desde una perspectiva de política económica y de lógica económica qué duda cabe de que la economía de cualquier país y la economía de la propia Unión Europea se vendrían abajo si la fiscalidad de todos los consumos o de la mayoría de los consumos se ajustase o acercase a ese límite general del 100%. Lo lógico, habitual y necesario económicamente es que la mayoría de los consumos soporten una carga fiscal que se mueva muy por debajo del 100%, como realmente sucede.

89. Ahora bien, esto no quita la necesidad de ese límite para que la Hacienda Pública no se cebe indebidamente en la presión fiscal sobre determinados consumos de los que hoy día realmente no se puede prescindir. Los legisladores tributarios nacionales y las instituciones comunitarias deben respetar ese límite, para no caer en la injusticia de una presión fiscal irracional sobre determinados consumos de los que, en nuestro actual nivel de desarrollo, no se puede prescindir, afectando tanto a sujetos de elevada capacidad económica global, como a sujetos para los que ésta es baja, en el sin sentido de una tradición en la imposición indirecta. Y todo ello prescindiendo de abusivas utilidades del expediente de una extrafiscalidad en determinadas ocasiones sólo parcialmente real.

90. En otros supuestos la posibilidad de utilización del expediente de la extrafiscalidad es real, lógica y viable. Ello unido a la dimensión de que se trate en ocasiones de consumos en cierta medida superfluos o innecesarios podría legitimar, ante ciertas contadas situaciones, que se pudiese superar el referido límite del 100% fijado en relación a consumos necesarios. Una cosa es el consumo por placer, por decirlo de alguna manera, por muy “enganchado” que se esté al mismo, y otra muy distinta el consumo en el que juega mayormente un elemento de necesidad.

91. Por ejemplo, no se puede poner a un mismo nivel el consumo de tabaco y de bebidas alcohólicas de alta graduación y el consumo de los carburantes necesarios para la circulación rodada habitual. Quizás en relación a los primeros la mayoría de la sociedad o, por lo menos, “un buen padre o una buena madre de familia” no tendría tanto inconveniente en aceptar como legítima, en un plano de lógica constitucional de justicia, una tributación por encima del 100%, como con respecto al consumo de carburantes, donde ya el límite del 100% le parecerá alto, aunque un respiro en comparación con las situaciones que se han venido dando²⁵, sobre todo si para su vida normal y cotidiana no puede pres-

²⁵ En relación a la carga fiscal que soportan los carburantes, sería necesario partir de los niveles mínimos de imposición establecidos en las Directivas de la Unión Europea y sumar la elevación de la tributación añadida por los Estados en relación a la imposición sobre los hidrocarburos. También habría que añadir la carga fiscal que representa el IVA, aplicándose éste sobre el precio del producto y sobre las cuotas de la imposición sobre hidrocarburos (a tal efecto, en nuestro Ordenamiento tributario, cfr. el art. 78.dos.4º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA).

cindir del vehículo propio al no disponer en su ámbito de unas redes de transporte público que cubran sus necesidades.

92. Piénsese en quien vive en zonas rurales, que suelen ser las más necesitadas, donde no se dispone de transporte público a cualquier hora o con destino a cualquier sitio, frente a quien viva, por ejemplo, en una gran ciudad. O piénsese también en quien no tiene la suerte de trabajar en el centro de la ciudad y la única forma de llegar a su trabajo es con su propio vehículo. A quienes tienen estos problemas, que no son pocos si pensamos en las zonas rurales, no les exijamos el mismo esquema mental enquistado en quien tiene una boca de metro a pocos minutos de su casa y el transporte público puede cubrir todas sus necesidades. El gasóleo y las gasolinas son “necesarios” o “muy necesarios” para gran parte de la población en el actual nivel de desarrollo de nuestra sociedad. Cosa distinta pueden ser ciertos hidrocarburos menos esenciales, altamente contaminantes y más sustituibles, donde la extrafiscalidad pueda jugar abiertamente determinando una mayor presión fiscal.

93. La lucha contra la contaminación ocasionada por el consumo de hidrocarburos “normales” no se debe hacer, ni desde los Estados, ni desde las instituciones comunitarias, ahogando fiscalmente a los mismos. Eso no lo puede aceptar, ni moralmente, quien tiene una buena posición económica en función de su cargo, ni mucho menos quien viaja en vehículo oficial, por muy al uso que esté el recurso a la frase de que alguien tiene que asumir la responsabilidad de las decisiones poco agradables.

94. Frente a esa falsa extrafiscalidad, pues en poco ayuda a la solución de los problemas que pretende combatir, la lucha contra la contaminación por carburantes se debería hacer de otra forma. Se debería incentivar en mayor medida con subvenciones directas, por altas que éstas tengan que ser, la investigación y producción de biocarburantes y carburantes menos contaminantes y de vehículos aptos para su uso, a precios accesibles incluso a sujetos de baja capacidad económica. Cuando cualquier sujeto pueda acceder a precios asequibles a vehículos no contaminantes y tales vehículos den unas prestaciones en cierta medida similares a las de los actuales, entonces estará legitimada una presión fiscal elevada sobre el gasóleo y las gasolinas; mientras no.

95. Mientras ese nivel de desarrollo tecnológico y de producción industrial no llegue, la solución no es ahogar fiscalmente el gasóleo y las gasolinas. Y no sirve siempre el argumento de la posibilidad o necesidad de la utilización del transporte público frente al privado, pues eso no es real en muchos casos y en la mayoría de las zonas de nuestro territorio; sobre todo es falso en las zonas menos desarrolladas y más necesitadas. Solúcionese, pues, el problema con mayores ayudas y subvenciones directas a la investigación y producción de biocarburantes o carburantes menos contaminantes y de vehículos aptos para los mismos, con unas prestaciones similares a las de los vehículos actuales –por lo menos similares a las de los de gama baja– y a precios accesibles incluso a los sujetos de baja capacidad económica. Subvenciones que deben venir tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros.

96. Baste todo esto como ejemplos para distinguir unos productos a los que, de una u otra forma, no se les puede quitar el calificativo de necesarios, de otros en relación a los cuales se puede prescindir de tal calificativo. En relación a los primeros se legitimaría totalmente la garantía de un límite máximo del 100% en relación a su imposición, desde una perspectiva de justicia y lógica constitucional, mientras que el expediente de la extrafiscalidad puede justificar en algunos casos en relación a los segundos situaciones extremas en que ese límite se amplíe o crezca a un porcentaje superior. Pero aun en estos otros casos en que el límite se pudiese entender que podría sobrepasar el 100%, tampoco podría ir mucho más allá. Es decir, aunque existiesen circunstancias lógicas amparables constitucionalmente que permitiesen ante ciertos productos excepcionalmente una tributación por encima del 100%, tal tributación tampoco podría ir mucho más allá. Ello en función de que aquí se estarían destinando al consumo medios monetarios procedentes de unas ganancias que ya han tributado en la imposición sobre la renta.

97. Con similares esquemas lógicos, si en relación a un determinado Sistema fiscal²⁶, entendiésemos que en la imposición sobre la renta, sumados todos los impuestos que incidan sobre ésta, no pueda existir una tributación superior al 50% para no ser confiscatoria, a ella se debería sumar la imposición sobre el consumo. En materia de imposición sobre la renta, para que no exista confiscatoriedad y se respete el derecho a la propiedad privada, el límite impositivo no sería del 100%, sino que debería ser del 50%. Si de la renta que recibiese un sujeto los poderes públicos se quedasen con más del 50% de la misma, prevalecería lo público sobre lo privado, dejando vacíos de contenido los referidos mandatos constitucionales. Con la reforma de la imposición sobre la renta que entró en vigor en España el uno de enero de 2012, existen contribuyentes cuya tributación supera este límite del 50%. Ahora bien, en materia de imposición sobre el consumo el límite debería ser del 100% del precio del producto antes de impuestos, para que no prevalezca lo público sobre lo privado en el acceso a los bienes.

98. De todos modos, en ese Sistema fiscal imaginario el 50% sería un límite a la progresividad y la mayoría de los sujetos se moverían por debajo del mismo. Pero en situaciones extremas, combinando el límite del 50% en relación a la imposición sobre la renta con el límite del 100% en relación a la imposición sobre el consumo, nos podríamos encontrar con situaciones de laboratorio como la siguiente.

99. Un sujeto de elevada renta, que tributase a un tipo medio próximo al 50% en la imposición sobre la misma y que desee realizar un consumo de los que soportasen la presión fiscal más elevada, próxima al 100%, podría encontrarse con una situación irracional. De 100 unidades monetarias que hubiese ganado, aproximadamente 50 habrían tributado por la imposición sobre la renta y 50 las podría destinar al consumo apuntado. De estas 50 destinadas al consumo 25 podrían corresponder al valor de lo que va adquirir para poder consumirlo y 25 podrían corresponder a los impuestos que soportaría ese consumo. De manera que de 100 que ganaba como renta, sólo disfrutaba realmente lo equivalente a un valor de 25, con lo cual en ese caso extremo de laboratorio la tributación global por el Sistema fiscal podría llegar a un 75% por esas 100 unidades monetarias.

100. Es una hipótesis extrema, que simplemente queremos utilizar para hacer ver que aun en aquellos supuestos en los que consideramos que la extrafiscalidad y, si se quiere, cierta toma en consideración del elemento lujo, pudiese justificar para el consumo de determinados productos excepcionales una presión fiscal superior al referido límite del 100%, tal presión fiscal superior no podrá ir mucho más allá de tal límite o ser muy superior al mismo, porque conjugada con una elevada presión fiscal sobre la renta en casos particulares de sujetos de elevada capacidad económica se podría llegar a una presión fiscal global del Sistema tributario que llegase a unos niveles desorbitados, aunque en supuestos excepcionales.

101. De otro lado, en aquellos supuestos en los que la base imponible se determina en términos monetarios, partiendo ésta esencialmente del precio del producto, de forma que el tipo de gravamen consista en un tanto por ciento de la misma, resultaría más fácil la aplicación del límite descrito en el apartado anterior. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que la base imponible no se determina en función del precio, sino en términos no monetarios, resultaría algo más difícil la aplicación del límite anterior. Se trataría de impuestos en los que la base imponible consistiese en el número de unidades, en el volumen de producto, en el peso de éste, en su poder energético, o en cualquier parámetro similar no monetario. En estos impuestos el tipo de gravamen viene a consistir en una cantidad de dinero por un determinado número de unidades de producto, de volumen de éste, de peso del mismo, etc.

102. Tratándose de bases imponibles fijadas en términos monetarios, la cuota resulta fácilmente comparable con la base imponible, de manera que se pueda comprobar si aquélla supera el 100% de ésta. En realidad si se tratase de un único impuesto bastaría con fijarnos en el porcentaje del tipo de gravamen,

²⁶ Podríamos tomar en consideración al respecto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán en relación al límite de la imposición en su país.

viendo si es o no superior al 100%. De esta manera, consistiendo en tales supuestos la base imponible principal o esencialmente en el precio, se puede ver si la carga fiscal que pesa sobre el consumo del producto es o no superior a ese límite. Si son varios los impuestos que inciden sobre el consumo del producto y todos ellos parten de bases imponibles monetarias, fijadas esencialmente a partir del precio de aquél, habría que sumar las cuotas de todos ellos para determinar la carga fiscal que pesa sobre el producto²⁷. La suma de las cuotas de todos los impuestos que incidiesen no debería superar el 100% del precio del producto.

103. Tratándose de una carga fiscal que va a ser soportada por el consumidor final debemos partir del precio del producto en la última fase del proceso de producción o distribución de éste, fase en la que el producto llega a aquél.

104. Cuando se trata de impuestos en los que la base imponible no se determina en términos monetarios, habrá que fijarse también, obviamente, en el precio del producto en la última fase del proceso de producción o distribución del mismo, es decir, en el precio que paga el consumidor final. Se trataría de un precio general para el producto, es decir, el precio medio de mercado, no pudiendo atenderse al precio cobrado a cada contribuyente en particular por circunstancias particulares, pues eso haría prácticamente inviable la puesta en marcha de la aplicación del referido límite.

105. Habrá que comparar la cuota con el precio del producto y comprobar que aquélla no represente más del 100% de éste. Ahora bien, los tipos de gravamen suelen permanecer más constantes que los precios. Los tipos de gravamen, en la práctica, no suelen variar más de una vez al año, normalmente a través de las modificaciones introducidas por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en virtud de la habilitación de la Ley tributaria a la Ley presupuestaria²⁸.

106. Así, puede cambiar, con relativa facilidad para el legislador, el tipo de gravamen anualmente, pero, frente a ello, los precios pueden variar caprichosamente con más facilidad, en función de las situaciones de mercado, siempre que no se trate de precios fijados administrativamente por los poderes públicos, en cuyo caso el precio lo determinarían éstos. Pero, como decimos, tratándose de precios libres, sólo sometidos a los vaivenes del mercado, pueden cambiar en cualquier momento.

107. Puede suceder que el legislador tributario haya establecido unos tipos de gravamen en función de los cuales la carga fiscal no sea superior al precio del producto en ese momento de su establecimiento, pero que la bajada del precio haya hecho que la carga fiscal se haya quedado por encima de aquél. Si el precio baja, el tipo de gravamen y, así, la cuota podría quedar descompensados frente a aquél. Por ello, deben existir mecanismos de ajuste más o menos rápido de los tipos de gravamen a las bajadas del precio. Ello se podría hacer a través del Decreto-Ley. Pero, para prevenir esos cambios, el legislador debería no fijar una carga fiscal demasiado próxima al precio, sino bastante más baja, de forma que cuando baje el precio la carga tributaria no quede demasiado alta con respecto al nuevo precio. Así, la carga fiscal siempre deberá ir más baja con respecto al límite, para que se pueda jugar con un cierto margen, de manera que no haya que proceder por vía de urgencia a las reformas legislativas necesarias para la reducción de los tipos de gravamen.

108. Y lo mismo se podría decir con respecto a las instituciones comunitarias en relación a las directivas de armonización fiscal, que también deberán jugar con cierto margen, siempre bastante por debajo del límite -si es que quieren aproximarse a éste-, para prevenir cualquier bajada de precios que descompense la relación entre la carga fiscal y el precio, que es la que hace que se respete el límite. Ello sin perjuicio de que las instituciones comunitarias también deban proceder con la correspondiente celeridad a las reformas normativas que sean necesarias para el respeto a ese límite.

²⁷ No bastaría con sumar los porcentajes de los tipos de gravamen de todos los impuestos si éstos se aplican en distintas fases del proceso de producción o distribución del bien o servicio, pues en cada fase cambiaría el precio de referencia.

²⁸ Cfr. el artículo 134.7 de la Constitución española.

109. Pero siempre, como decimos, tanto el legislador estatal como las instituciones comunitarias deberían no aproximarse demasiado al límite, jugando bastante por debajo para que un cambio brusco de los precios a la baja no provoque repentinamente una situación que suponga el no respeto del citado límite. Es decir, que se juegue con un margen que, como diría un castizo, no determine que el legislador se pille los dedos, ante una bajada de precios. Ello sobre todo cuando se trata de precios muy cambiantes, en función de circunstancias más o menos imprevisibles. Aunque el simple dato de saber que se trata de productos con precios muy cambiantes ya reclama cierta previsión, consistente en jugar siempre con un amplio margen por debajo del límite. No actuar así supondría una labor de creación normativa irresponsable y temeraria.

110. Retomando la idea de la complejidad en la aplicación del estudiado límite, sobre todo cuando se trata de impuestos con bases imponibles no monetarias, debemos destacar que pueden incidir sobre un determinado producto varios impuestos con bases imponibles no monetarias o al mismo tiempo impuestos con bases imponibles no monetarias e impuestos con bases imponibles monetarias. Las distintas posibilidades de acumulación de impuestos, con las citadas formas de cuantificación de sus bases imponibles, aportan un elemento adicional de complejidad a la problemática descrita.

111. Dejando a un lado lo anterior, debemos volver sobre dos ideas expuestas, para aclarar hasta dónde confluyen y hasta dónde no, eliminando posibles erróneas apariencias. De un lado, hemos hablado de un 100% del precio del producto, antes de impuestos, como límite a la imposición sobre el consumo. De otro, hemos puesto de manifiesto el alto coste económico que soportan los consumidores en relación a los carburantes, en función de la carga fiscal que existe sobre éstos. También hemos apuntado que, frente al IVA, cuyos tipos de gravamen se fijan en un tanto por ciento de la contraprestación satisfecha, en los impuestos específicos sobre los carburantes los tipos de gravamen se fijan, esencialmente, en una cantidad por volumen de producto.

112. Con todo ello no queremos dar la impresión de que proponemos que en los impuestos específicos sobre los carburantes se pasase a establecer tipos de gravamen consistentes en un tanto por ciento del precio. Entendemos que ésta no sería una medida acertada, pues cuando se disparasen los precios del petróleo eso multiplicaría también la presión fiscal sobre los carburantes habituales. Cuando hablamos del referido límite del 100% lo hacemos en el sentido de que tal porcentaje debe servir para poner en evidencia que la carga fiscal sobre los carburantes, aunque fijada en una cantidad por unidad de volumen, debe establecerse con suficiente margen por debajo de ese límite. Y ello buscando una prudencia económica, dado que cuanto más alta sea la carga fiscal sobre los carburantes, peor es el mensaje o imagen que se transmite a los países productores de petróleo, pues si a éstos se les hace ver que los consumidores pueden asumir una alta presión fiscal sobre los mencionados productos, tales países pueden entender que también podrán asumir la elevación del precio del petróleo fruto de sus recortes de la producción. Así, los productos de precios muy altos e inestables no son los más adecuados para soportar una elevadísima fiscalidad, como sucede con los combustibles habituales.

VI. El parámetro de la racionalidad

113. El principio de no confiscatoriedad aparece en el artículo 31.1 de nuestra Constitución predicado del Sistema tributario, por lo que el mismo jugaría en relación a tal Sistema en su conjunto. Pero, al mismo tiempo, hemos visto la vinculación existente entre las ideas de no confiscatoriedad en materia tributaria y de propiedad privada. La interpretación de las mismas siempre deberá realizarse desde la perspectiva de la justicia, pues ésta, a partir del calificativo de «justo» que aparece expresamente en el citado precepto de la Constitución, se convierte en un valor invocable en sí mismo en materia tributaria, resolviendo posibles dudas en la articulación de los demás principios en juego. Pero, por muy indeterminada que pueda ser en sí la idea de justicia, hay ciertos elementos de los que es obvio que no se puede prescindir en su concreción, como puedan ser las ideas de lógica y racionalidad. Lo justo será siempre más difícil que aparezca como ilógico o irracional.

114. Como decimos, en relación al Ordenamiento tributario se habla en nuestra Constitución de «sistema» y de «justo». Tales exigencias contenidas en el apartado 1 del artículo 31 del citado texto constitucional no podrán hacerse efectivas si no es desde la racionalidad en la estructuración de las distintas figuras tributarias.

115. En el análisis de la idea de racionalidad con respecto al Sistema tributario es necesario partir de las consideraciones que realizó SAINZ DE BUJANDA, que no podemos sino recoger aquí, incluso en su literalidad²⁹. Distinguía este Profesor entre una «racionalidad interna» y una «racionalidad externa». Señalaba que «un sistema tributario sólo es racional si, acreditada la racionalidad interna de cada figura tributaria, acierta a asociarla a su racionalidad externa, es decir, a su capacidad para combinarse armónicamente con las restantes modalidades de imposición que integran el conjunto». Destacaba este autor que «la racionalidad externa de un tributo consiste en su idoneidad para integrarse dentro del sistema, sin romper la racionalidad de este último, lo que acontece si cualquiera de las figuras impositivas que lo componen, al asociarse con las restantes, destruye los objetivos básicos del sistema, conculca los principios generales de justicia tributaria». Añadía que «la técnica para lograr esa racionalidad externa consiste en que el legislador, al establecer cada tributo, o al modificar sustancialmente uno preexistente, compruebe con rigor si puede ensamblarse sin violencia en el conjunto».

116. Todo esto llevaba a SAINZ DE BUJANDA a sentenciar que «la racionalidad no puede en modo alguno separarse del valor “justicia”, ni de otras exigencias –seguridad, certeza– asociadas a ella». Así, señalaba este autor que «un sistema tributario, en efecto, sólo es racional si es justo, y sólo puede ser justo si se adecua a las normas fundamentales y primarias del ordenamiento positivo, contenidas en el texto constitucional, y a los principios generales del Derecho, de raigambre iusnaturalista». Las palabras que hemos recogido de este Profesor, expresaban consideraciones que, como se suele decir, no tienen desperdicio.

117. Ante las dos perspectivas de la racionalidad mencionadas, interna y externa, es esta última la que más directamente se conecta a la idea de sistema, aunque ninguna de las dos puede desconocerse, obviamente, en la construcción del Sistema tributario.

118. Si verdaderamente queremos que el Sistema tributario sea precisamente eso, sistema, no puede consistir sólo en una acumulación de figuras, sino en un entrelazado armónico de las mismas. En la medida en que no sea una mera suma de tributos, sino un conjunto armónico de éstos, será mayor la racionalidad y, en función de ello, como hemos visto, también será mayor la justicia, que debe presidir el Ordenamiento tributario.

119. El análisis de si un Sistema tributario en su conjunto es confiscatorio o si atenta contra la capacidad contributiva global del sujeto puede resultar difícil. El análisis de estos problemas debe partir de la conformidad con los principios constitucionales de justicia tributaria de cada figura impositiva en particular. De ahí se debe pasar al análisis de la conformidad con la Constitución de las confluencias de impuestos sobre una misma manifestación de capacidad económica y, así, de los casos de plurimposición sobre un mismo objeto de gravamen.

120. Del análisis de un impuesto pasaríamos al de varios confluentes entre sí. Esto nos irá permitiendo un examen y una contemplación más estricta y rigurosa de la justicia del Sistema tributario en su conjunto. Como resultado de ello se podrían poner de manifiesto casos concretos de inconstitucionalidad o entender que no se dan. Pero lo que sí se revelarían serían contables supuestos que, aun manteniéndose en los límites estrictos de una literalidad constitucional, rozarían el límite de la racionalidad, sistematicidad, buena técnica y orden del Sistema tributario en su conjunto.

²⁹ *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1987, pp. 5 a 15.

121. Así pues, entendemos que una técnica útil para el análisis de la racionalidad y constitucionalidad del Sistema tributario es comenzar por el análisis de la racionalidad y constitucionalidad de cada figura impositiva y de ahí pasar al análisis de las implicaciones de oportunidad técnica y constitucionalidad de los casos de plurimposición, en cuanto confluencias concretas de impuestos, contribuyendo así a la comprensión y consideración más racional del Sistema tributario en su conjunto.

122. Puede suceder que cada figura del Sistema tributario, aisladamente considerada, responda aparentemente al principio de capacidad económica. Pero el Sistema tributario en su conjunto, ante irracionales acumulaciones de impuestos, podría llegar a suponerle al sujeto una contribución a los gastos públicos superior a la que se debería corresponder con su capacidad económica global, llegando a límites confiscatorios. De ahí la forma de actuar que se propone.

123. De otro lado, señala MOSCHETTI que «elementos de la racionalidad son la coherencia entre los fines que el legislador se ha prefijado y los medios utilizados para alcanzar tales fines, la coherencia entre las singulares disposiciones y el sistema en el que las disposiciones están situadas, la proporcionalidad entre medios y fines, la proporcionalidad entre el sacrificio de un valor jurídico y la satisfacción de otros valores jurídicos»³⁰. Pues bien, cuando el legislador persigue una aparente finalidad extrafiscal muchas veces desemboca en una situación irracional, cuando los medios utilizados no sirven para alcanzar dicho objetivo, tal y como hemos tenido ocasión de apuntar.

124. Así pues, las ideas de racionalidad y justicia deberán presidir la interpretación de las ideas de no confiscatoriedad y de propiedad privada en materia tributaria. De esta forma, la aplicación de estas ideas que no resulte racional difícilmente se podrá considerar justa.

125. Resulta muy difícil determinar si el Sistema tributario en su conjunto es o no confiscatorio. En función de todo lo expuesto, una tributación por todos los impuestos (no sólo los directos) superior al 50 por ciento de la renta total del sujeto empezaría, en principio, a romper con los esquemas de lo que hoy la conciencia social³¹ reconocería como racional.

126. Pero, como decimos, aplicar ese límite del 50 por ciento al Sistema tributario en su globalidad puede resultar muy difícil, ante la gran variedad de situaciones que se pueden dar en la práctica y sobre todo al combinar la imposición directa con la indirecta. Puede que un sujeto tenga una tributación global superior al 50 por ciento de sus rentas y que en su vida no efectúe actos de consumo que le supongan soportar por éstos una carga tributaria superior al valor de lo que adquiere para consumir. También podemos encontrar otros sujetos en relación a los cuales su tributación global por todos los impuestos directos e indirectos no supere el 50 por ciento de sus rentas y que para los mismos sí sea habitual la realización de actos de consumo en los que la carga tributaria soportada por éstos es superior al valor de lo que adquieren para consumir, de un modo u otro.

127. Por todo ello, en la búsqueda de la delimitación del principio de no confiscatoriedad, buscando esa racionalidad de la que hemos hablado, construyendo el esquema de un Sistema tributario justo, debemos comenzar por el análisis de cada figura tributaria y de las acumulaciones de impuestos sobre una misma manifestación de riqueza. Y, en atención a esa racionalidad, ni el Sistema tributario en su conjunto, ni cada impuesto aisladamente considerado, ni las situaciones de acumulaciones de impuestos sobre una misma manifestación de capacidad económica podrán resultar confiscatorios o atentatorios contra el derecho a la propiedad privada en su respeto en materia tributaria.

³⁰ «La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche», en *Le ragioni del Diritto Tributario in Europa (Giornate di Studi per Furio Bosello)*, Università di Bologna, 2003, p. 4, en www.berliri.giuri.unibo.it.

³¹ Todo ello sin perjuicio de que una buena parte de la sociedad siga viendo aún los impuestos como un mal inevitable. Recordemos en tal sentido las palabras de CARLO LEVI cuando escribía: «pensavano alla guerra come a una delle solite disgrazie inevitabili, come alle imposte», *Cristo si è fermato a Eboli* Giulio Einaudi editore, Torino, 1945, reedición de 2010, p. 117.

128. Por ello, la lucha contra las situaciones de no confiscatoriedad en materia tributaria, entendiéndose el respeto a la idea de propiedad privada de la forma más racional posible, debe comenzar por un análisis de cada figura impositiva, determinando su confiscatoriedad o no y, de ahí, si es que aisladamente no resultasen confiscatorias, pasar a las acumulaciones de impuestos sobre una misma manifestación de riqueza, determinando igualmente si resultan o no confiscatorias. Y una vez determinada su confiscatoriedad estaría clara su inconstitucionalidad, aunque el Sistema tributario en su conjunto no llegase al límite descrito *supra*. Y, frente a ello, si el Sistema tributario en su conjunto, en una amplia generalidad de contribuyentes, superase el citado límite, el mismo adolecería en gran medida de ser confiscatorio y, así, inconstitucional, aunque sus impuestos o acumulaciones parciales de éstos no diesen esa imagen por separado.

129. Concretando todas las ideas expuestas y al margen de lo que pueda suponer el Sistema tributario en su conjunto, la imposición sobre ciertos consumos por sí misma ya podría resultar confiscatoria. Así pues, ante el consumo de cada tipo de bienes en particular, debemos proceder determinando si cada impuesto aisladamente considerado puede resultar confiscatorio y si las acumulaciones de impuestos, es decir, si las situaciones de doble imposición o plurimposición, sobre cada consumo en particular puedan resultar confiscatorias. Para ello, ni cada impuesto aisladamente considerado, ni las acumulaciones de impuestos sobre el consumo de un determinado tipo de bienes pueden representar una carga tributaria superior al valor de lo que entra en el patrimonio del sujeto, que es lo que puede ser consumido. Una violación de este límite supone romper con el respeto racional a la idea de propiedad privada. Para consumir saldría del patrimonio del sujeto más del doble de lo que vuelve al mismo. Para adquirir algún tipo de bien para consumirlo, la Hacienda Pública se llevaría más de lo que vale lo que adquirimos, con lo cual la propiedad sería más pública que privada. Se trataría de algo irracional y, como tal, claramente injusto. Ahí es donde entendemos, en función de todo lo expuesto, que se debe concretar el límite de la no confiscatoriedad en materia de imposición sobre el consumo y, así, del respeto al derecho de propiedad privada en este sector de la imposición, analizándose, no sólo en relación al consumo en general en su globalidad, sino también en relación al consumo de cada tipo de bienes, cuya imposición, por sí misma, podría llegar a ser calificable de confiscatoria y, en función de ello, de inconstitucional.

VII. El sector de competencia de la Unión Europea

130. Las instituciones de la Unión Europea se presentan como responsables en gran medida de la intensidad alcanzada por la imposición sobre el consumo. Ésta representa el ámbito esencial, más importante o más desarrollado, dentro de su armonización fiscal. Dentro de los impuestos que inciden sobre el consumo destacan el IVA, como Impuesto general sobre el consumo³², y los Impuestos Especiales, sobre consumos específicos. Tanto el IVA como la casi totalidad de los Impuestos Especiales se encuentran armonizados conforme a directivas de la Unión Europea³³.

131. En todos los Estados miembros de ésta debe aplicarse el IVA. Éste no es totalmente idéntico en todos ellos, sino que de las instituciones de la Unión Europea han emanado una serie de directivas, que contienen unas directrices a las cuales cada Estado debe ajustar su IVA nacional. Cada Estado tiene su propia ley reguladora del IVA y el IVA de cada Estado es similar a los del resto de Estados miembros, pero no idéntico. El IVA no está totalmente armonizado y, entre las cuestiones en las que el IVA puede variar, dentro de ciertos límites, de un Estado a otro se encuentra la cuantía de sus tipos de gravamen.

132. Así pues, en las directivas de armonización fiscal se establecen unos objetivos o directrices a cumplir o seguir, que son plasmados, con cierto margen de libertad, por los Estados miembros en sus leyes nacionales, dentro de los límites y disposiciones marcadas por las instituciones de la Unión Europea.

³² Aunque debemos recordar, por lo que concierne a nuestro Estado, que en las Islas Canarias y en Ceuta y Melilla no se aplica el IVA, siendo otros impuestos distintos los que inciden sobre el consumo en dichos territorios.

³³ No es objeto de dicha armonización el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

133. La existencia del IVA en todos los Estados miembros se debe a un doble orden de motivos: de un lado, el IVA sirve de base a la articulación de un recurso propio³⁴ de la Unión Europea; de otro, y primordial, si se quiere conseguir un mercado único comunitario, es decir, si se quiere que el mercado comunitario funcione como un solo mercado y, así, como un verdadero mercado interior, es necesario que las normas fiscales esenciales que rijan en el mismo sean similares en todos los Estados miembros. Siendo el factor fiscal uno de los elementos esenciales que inciden sobre un mercado, si las normas fiscales que afectan al tráfico mercantil fuesen, a tal efecto, muy distintas en todos los Estados miembros de la Unión Europea, en la práctica nos podríamos encontrar con tantos mercados como leyes fiscales diferentes y, así, podríamos encontrarnos con tantos mercados como Estados miembros, con lo cual nos alejaríamos del objetivo de un solo mercado, un mercado único, un mercado interior. A ello debemos unir que con el IVA se consiguen objetivos de neutralidad fiscal y que con la armonización fiscal del lugar de realización del hecho imponible se evitan situaciones de doble imposición internacional, es decir, se evita que un mismo acto sea gravado a la vez por distintos Estados miembros.

134. Pues bien, la Unión Europea es actualmente responsable de la existencia del IVA y de los Impuestos Especiales de Fabricación³⁵. Estos impuestos no se encuentran totalmente armonizados. Ahora bien, las instituciones comunitarias suelen establecer unos tipos mínimos de gravamen armonizados, de forma que en ciertos impuestos los Estados miembros deban aplicar como mínimo tales tipos de gravamen, de manera que se consigan determinados objetivos de competencia entre Estados, es decir, evitando que una diferencia muy acusada de tipos impositivos entre Estados miembros desplace ciertas actividades hacia unos, en perjuicio de otros.

135. Por encima de los tipos mínimos de gravamen fijados en las directivas de armonización fiscal, al tratarse precisamente de eso, de mínimos, obviamente, salvo que la Unión Europea establezca unos máximos, los Estados miembros podrán incrementar tales tipos de gravamen en sus leyes nacionales. Al mismo tiempo, en principio, siempre que no se trate de impuestos sobre el volumen de negocios similares al IVA, los Estados miembros podrán crear impuestos nacionales sobre consumos específicos³⁶,

³⁴ El IVA para los contribuyentes de los Estados miembros de la Unión Europea se presenta como un impuesto indirecto, del que es acreedor el correspondiente Estado. Bien es cierto que, como hemos apuntado, las legislaciones nacionales sobre el IVA son el resultado de una armonización fiscal realizada a través de directivas comunitarias y que este Impuesto sirve de base, como decimos, a la estructuración de un recurso propio comunitario. Pero este recurso de la Unión Europea, en sí mismo, no tiene naturaleza tributaria, aunque parta en su articulación de la existencia y aplicación por los Estados miembros de un tributo, como es el IVA. Así pues, el IVA, que se presenta como un impuesto indirecto para el contribuyente comunitario, sirve de base para la articulación de un recurso propio de la Unión Europea, que de cara a ésta consiste en una prestación que debe serle satisfecha por los Estados miembros, sin que pueda afirmarse la naturaleza tributaria de tal prestación. Sobre este tema, destaca FALCÓN Y TELLA que «el IVA comunitario no es un tributo ni un recargo que venga a superponerse sobre el IVA nacional», señalando que «en el recurso IVA, lo mismo que en las contribuciones financieras, la Comunidad ostenta únicamente un derecho de crédito frente a los Estados miembros, a percibir determinadas cantidades» (*Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1988, p. 308). De otro lado, MAMBERTO señala que «el IVA no es un tributo comunitario, en el sentido en que lo son los derechos aduaneros y los gravámenes sobre el azúcar, sino sólo un impuesto nacional armonizado» («L'IVA come risorsa propria delle Comunità Europee», en *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 6, Parte I, 1981, pp. 1519 y 1520). En el mismo sentido, véanse WALLACE, H.: *Las finanzas de las Comunidades Europeas* (traducción de F. LOBO ALEU y A. MOLTÓ), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, pp. 110 y 111; y RUFÍAN LIZANA, D.M.: «Los ingresos de la CEE. Los recursos propios», en *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho presupuestario europeo*, 2ª edición, Ediciones TAT, Granada, 1987, pp. 548 y 549.

³⁵ Además del Impuesto Especial sobre el Carbón.

³⁶ Cfr. el artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006 (DO L 347, de 11 de diciembre de 2006), relativa al sistema común del IVA, que se corresponde con el antiguo artículo 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones nacionales relativas al IVA, habiendo sido sustituida esta última Directiva por aquélla. Sobre ese artículo 33 pueden verse, entre otros, FALCÓN Y TELLA, R.: «La compatibilidad del IVA con otros impuestos indirectos. STJCEE de 19 de marzo de 1991», en *Impuestos*, núm. 8, 1992, pp. 83 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ, A.: «El concepto de impuesto sobre el volumen de ventas en el artículo 33 de la Sexta Directiva: Consolidación de una interpretación jurisprudencial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de marzo de 1991 (Asunto C 109/90, N. V. Giant vs. Commune d'Overijse)», en *Noticias/CEE*, núm. 83, 1991, pp. 115 y ss.; RAMÍREZ GÓMEZ, S.: *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de Impuesto sobre el Valor Añadido. Estudio sistemático e incidencia en la regulación española del Impuesto*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 220 y ss.; ZORNOZA PÉREZ, J.J.: «Notas sobre el concepto de impuestos sobre el volumen de ventas en la Sexta Directiva», en *Noticias/CEE*, núm. 19, 1986, pp. 31 y ss.

además de las accisas o Impuestos Especiales de Fabricación y del Impuesto Especial sobre el Carbón, armonizados éstos conforme a directivas de la Unión Europea.

136. Cuando se trata de impuestos armonizados conforme a directivas de ésta, los Estados miembros tienen el deber, en principio, de establecerlos en su territorio y de regularlos y aplicarlos conforme a las directrices recogidas en tales directivas. Junto a ellos, siempre que no se atente contra el Derecho de la Unión Europea, los Estados miembros podrán crear otros impuestos sobre consumos específicos.

137. Pues bien, es necesario plantearse, cuando la carga fiscal sobre el consumo de un producto pueda resultar confiscatoria, de quién es la responsabilidad de ello y, así, a quién le corresponde reducir los tipos de gravamen, a las instituciones de la Unión Europea o a los Estados miembros. Téngase en cuenta que éstos están obligados a respetar lo dispuesto en las normas comunitarias, no pudiendo contravenirlas.

138. Antes de resolver el citado interrogante, debemos plantearnos también, ante una carga fiscal sobre un determinado producto que pueda resultar confiscatoria, si lo que se debe reducir es el IVA o el impuesto que grava ese producto específico. Nosotros entendemos que el impuesto específico debe ceder frente al impuesto general, como es el IVA, pues si se actuase sobre éste se estarían, por decirlo de alguna manera, discriminando o diferenciando en su tratamiento ciertos consumos frente a otros, en la disciplina de ese Impuesto general, por motivos ajenos a este Impuesto en sí. Así, creemos que sobre lo que se debe actuar, reduciéndola, es sobre la carga fiscal que representa el impuesto específico que grave el consumo de un producto en particular. De esta manera, lo primero que habría que hacer es reducir el tipo de gravamen de dicho impuesto específico.

139. A su vez, es necesario determinar si ese impuesto específico se encuentra o no armonizado conforme a directivas comunitarias. Si ese impuesto específico, que entendiésemos como causante de una situación fiscal confiscatoria, no estuviese armonizado conforme a directivas comunitarias, la responsabilidad sería estatal y sería el correspondiente Estado miembro quien tendría que reducirlo, es decir, reducir su tipo o tipos de gravamen y, en su caso, suprimirlo, si por mucho que se redujesen sus tipos de gravamen no desapareciese esa situación confiscatoria.

140. Si ese impuesto específico se encuentra armonizado conforme a directivas comunitarias, habrá que ver si el correspondiente Estado miembro lo ha regulado en su ley nacional con un tipo de gravamen superior al tipo mínimo fijado por las directivas comunitarias; en tal caso, el Estado deberá reducir tal tipo de gravamen hasta que desaparezca la situación confiscatoria, pudiendo ser necesario llegar hasta el mínimo fijado por las directivas comunitarias. Si el tipo de gravamen se ha fijado en el mínimo establecido en las directivas comunitarias o se ha reducido, en función de lo apuntado, hasta tal mínimo y aun así la situación fiscal sigue resultando confiscatoria, correspondería a las instituciones comunitarias la responsabilidad de reducir los tipos mínimos de gravamen previstos en las directivas de armonización fiscal.

141. Aquí estamos hablando de un deber o responsabilidad de reducir, cuando nos encontremos con la necesidad de actuar contra una situación derivada de normas ya existentes. Pero lo ideal sería que las autoridades nacionales y comunitarias no provoquen esas situaciones, es decir, que el legislador estatal y las instituciones comunitarias antes de crear una norma analicen si sus efectos van a resultar confiscatorios y, por tanto, no la creen o la creen con unos tipos de gravamen más reducidos. Lo que sucede es que el mal actuar en materia de creación normativa al que nos tienen acostumbrados tanto los legisladores estatales como las instituciones comunitarias nos hacen pensar en mayor medida que lo más probable, usual o habitual es que sea necesario actuar contra una situación normativa ilegítima ya existente.

142. La situación a resolver en función de los parámetros apuntados puede complicarse en la práctica en mayor medida. Así, podrían incidir al mismo tiempo tanto el IVA, impuesto general sobre el consumo, como un impuesto específico armonizado conforme a directivas comunitarias y, al mismo tiempo, otro impuesto específico de autoría puramente nacional. La solución habría que darla con los criterios de preferencia ya apuntados.

143. Pero no pensemos que tipos de gravamen aberrantes en cuanto excesivos sólo los podemos encontrar en relación a bienes o productos objeto específico de impuestos armonizados conforme a directivas comunitarias, que determinen una situación fiscal después incrementada en mayor o menor medida por los legisladores tributarios nacionales.

144. También podemos encontrar ejemplos de impuestos exclusivamente nacionales, que no hayan sido objeto de armonización fiscal, que por sí mismos pueden crear una situación confiscatoria en algún Estado miembro. Se trata de situaciones donde la responsabilidad es puramente estatal y no compartida entre el correspondiente Estado y la Unión Europea, aunque, en relación a ésta, siempre esté presente, en principio, el IVA, como impuesto general sobre el consumo, armonizado conforme a directivas comunitarias. Pero, como decimos, a la hora de resolver tales conflictos, tal y como hemos apuntado *supra*, siempre se debe actuar primero sobre el impuesto que grave el correspondiente consumo específicamente y no sobre el impuesto general sobre el consumo.

145. Pues bien, fijándonos en la disciplina fiscal puramente nacional sobre el consumo específico de algún tipo de bienes, podríamos detenernos en un supuesto que, desde otra perspectiva, distinta de la que ahora analizamos, ha llegado, de todas formas, a la jurisdicción de la Unión Europea.

146. El Tribunal de Justicia de ésta, en su Sentencia de 17 de junio de 2003 (Asunto C-383/01), se ha pronunciado sobre una cuestión prejudicial planteada en relación a la *lov om registreringsafgift af motorkoretojer* (Ley danesa del impuesto de matriculación de los vehículos automóviles) en su versión codificada de 14 de abril de 1999. En concreto, se planteó tal cuestión prejudicial con respecto al gravamen devengado al matricular por primera vez el vehículo en territorio danés, con un tipo del 105% sobre un primer tramo y del 180% sobre el resto del precio³⁷.

147. El Tribunal de Justicia resolvió esta cuestión prejudicial sobre la base de la disciplina de la libre circulación de mercancías, a la luz del artículo 90 del Tratado CE, donde se prohibía que un Estado miembro grave directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros de la Unión Europea con tributos internos superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares. Se parte en ese asunto de la carencia de producción nacional de automóviles en Dinamarca. No obstante, el Tribunal de Justicia declaró en esta Sentencia que el citado artículo 90 del Tratado CE debía interpretarse en el sentido de que no se oponía al referido impuesto.

148. En el asunto que sirve de base a esta Sentencia nos encontramos con unos tipos de gravamen desmedidos, del 105% en un primer tramo y de un 180% en el segundo, sobre bienes también sometidos al IVA. En función de todo lo expuesto se trataría de un tributo que podríamos considerar confiscatorio, en los términos utilizados por nuestra Constitución y, así, atentatorio contra el derecho a la propiedad privada, en los términos comunes a la generalidad de las Constituciones europeas y a la dimensión comunitaria de los derechos fundamentales.

149. Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no entra en este problema en la referida Sentencia, entre otras cosas porque no se le plantea y, seguramente, porque se trata de un tributo nacional no armonizado conforme a directivas de aquélla. No obstante, sorprende el paso de este asunto por el Tribunal sin que éste ni siquiera haya realizado alguna alusión a lo irracional que resulta la situación fiscal contemplada, máxime cuando el derecho a la propiedad privada forma también parte de la disciplina de la Unión Europea.

³⁷ Tipos de gravamen como éstos ponen de manifiesto cómo para individualizar una situación de confiscatoriedad no es necesario partir de una situación de plurimposición o acumulación de impuestos, pudiendo encontrar casos aislados de impuestos que por sí solos podrían recibir tal crítica. De todos modos, en ese ejemplo del consumo de automóviles habría que añadir, como en relación a casi todo, la carga fiscal del IVA.

150. Todo ello es fruto de una tendencia que ha crecido en el ámbito europeo de permitir, de una u otra forma, desde una instancia u otra, el desarrollo de una imposición indirecta desmesurada e ilógica, de la que es en gran medida responsable la propia Unión Europea, aunque en el ejemplo expuesto ese impuesto no sea de su competencia directa, es decir, aunque estemos aquí hablando ahora de un impuesto no armonizado conforme a directivas de aquélla.

151. Pero las instituciones de la Unión Europea, en relación a otros impuestos indirectos sí armonizados por las mismas, han ido desarrollando una irracional fortísima imposición indirecta, que crea una tendencia en la creación legislativa, de la que se contagian los legisladores nacionales, creando aberraciones como el impuesto danés referido.

152. Ese excesivo fortalecimiento de la imposición indirecta impulsado por las instituciones de la Unión Europea, le da apariencia de legítimo a cualquier exceso recaudatorio en este ámbito, lo que ayuda a que poco a poco los Estados miembros se escuden en tal tendencia, restando paulatinamente protagonismo a la imposición directa, imposición esta última de corte y competencia esencialmente nacional. Y se amparan en esa tendencia, tanto por lo que ya les viene hecho o dado por vía de armonización fiscal, como por aquello en lo que los Estados impulsan por sí mismos este tipo de imposición dentro de sus competencias.

153. De todos modos, incluso gobiernos conservadores y así con un perfil en principio económico-liberal, como por ejemplo el que entró en España a finales de 2011, se vieron obligados en su momento a primar la subida de un impuesto directo como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para reducir el déficit público, posponiendo las posibles subidas de los impuestos indirectos; todo ello sin perjuicio de las posteriores bajadas que operaron en el citado impuesto.

154. Recapitulando, las páginas anteriores nos han dejado ver cómo la problemática en estudio se mueve entre el ámbito puramente interno, presidido por los principios y derechos constitucionales, y el ámbito de incidencia de la Unión Europea, en el que, como hemos apuntado, también tienen entrada los derechos fundamentales y, en concreto, dentro de los mismos, el derecho a la propiedad privada.

155. No es necesario insistir demasiado en cuestiones bien sabidas, como los principios que rigen la relación entre el Derecho de origen interno o Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea, concretados en la supremacía de éste sobre aquél y en el efecto directo del mismo en los Ordenamientos estatales. Incluso en relación a las directivas, abiertas a la actuación normativa posterior de los Estados miembros plasmando o desarrollando las directrices recogidas en aquéllas, se ha reconocido, no obstante, la posibilidad de eficacia directa de aquéllas³⁸.

156. La supremacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional ha resultado, obviamente, más pacífica en materia de normas de rango infraconstitucional. Mayor problema ha

³⁸ El instrumento fundamental para armonizar las legislaciones nacionales y, así, los ordenamientos tributarios de los Estados miembros de la Unión Europea, lo constituyen las directivas. Aunque éstas normalmente necesitan de una norma de adaptación del Derecho nacional para desplegar su plena eficacia en el mismo, no siempre tiene porqué ser así. Puede suceder que ante una directiva de armonización fiscal un Estado miembro no haya creado una norma de adaptación de su ordenamiento tributario a la directiva y que sin embargo ésta vea aplicado su contenido en el mismo, porque contenga una norma paralela a otra contenida en un Tratado de Derecho Comunitario originario, consiguiéndose el objetivo perseguido por la directiva aplicando el contenido que se corresponde con el Tratado. Puede suceder también, ante la falta de tal norma interna y sin que se dé esa circunstancia anterior, que la directiva pueda tener eficacia directa porque exista una disposición nacional que se oponga a la misma, debiendo dejar sin efecto esa norma nacional al ser contraria a una norma comunitaria y en la medida en que la directiva resulte idónea para definir derechos que los contribuyentes puedan alegar frente al Estado. De esta forma lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, debiendo destacar como punto de partida en tal sentido su Sentencia de 19 de enero de 1982 (Asunto 8/81), Sentencia que ha tenido una gran relevancia en Derecho Tributario. Sobre la eficacia directa de las directivas de armonización fiscal, véase CAYÓN GALIARDO, A., FALCÓN Y TELLA, R. Y HUCHA CELADOR, F. DE LA: *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el Sistema tributario español: Incidencia y convergencia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, pp. 668 a 672.

planteado la colisión de las normas constitucionales con las normas comunitarias, esencialmente en lo relativo a los derechos fundamentales³⁹.

157. En nuestra Constitución su artículo 93 permite la atribución a las instituciones comunitarias del ejercicio de competencias derivadas de aquélla. Siendo así, atribuido a tales instituciones el ejercicio de un determinado ámbito competencial, la regulación de éste quedaría en principio sometida a la disciplina jurídica comunitaria y no a las normas constitucionales a las que quedan sometidas las competencias de titularidad puramente interna. Esto podía suponer un grave problema hasta el reconocimiento de los derechos fundamentales en la disciplina jurídica comunitaria, pues éstos constituyen un núcleo esencial en las Constituciones nacionales a los que resultaría ilógico que los Estados renunciasen, a pesar de su atribución de competencias a la Unión Europea.

158. Pero, como decimos, el problema se va superando conforme en la disciplina jurídica de la Unión Europea se va reconociendo y ampliando el elenco de derechos fundamentales, ya sea por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de aquélla, ya sea por vía de textos de Derecho Originario de la misma, tal y como hemos visto *supra*.

159. Todo ello puede no acabar totalmente con los problemas de colisión entre el Ordenamiento de la Unión Europea y las Constituciones nacionales y, en función de ello, entre las pretensiones de jurisdicción de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pensemos en que si un derecho fundamental se encontrase reconocido en una Constitución nacional y no en el Derecho de la Unión Europea o bien si en aquélla se muestra con un contenido más amplio que en este último, la defensa de tal derecho en su contenido más completo, como se haría normalmente, en una perspectiva puramente interna, ante el correspondiente Tribunal Constitucional nacional, en la medida en que no pudiese tener la misma protección ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, podría ocasionar situaciones ilógicas, con las consecuentes fricciones entre jurisdicciones que ello pudiese provocar.

160. Pues bien, en función de todo lo expuesto, se debería avanzar hacia una nueva visión más amplia del derecho de propiedad en el ámbito tributario, que responda al mismo tiempo a las exigencias constitucionales nacionales y a la plasmación efectiva de las competencias de la Unión Europea en materia tributaria, centradas en la imposición indirecta principalmente.

VIII. Errores de planteamiento en la extrafiscalidad europea

161. Resultaría complicado encontrar un impuesto puramente extrafiscal, es decir, un impuesto con el cual el legislador tributario haya pretendido exclusivamente limitar, incluso reducir a cero, una actividad lesiva para el medio ambiente, para la salud o para cualquier otro valor protegido constitucionalmente. Los impuestos que el legislador suele presentar como extrafiscales, normalmente tienen también, o incluso principalmente, una clara función recaudatoria. Muchos de ellos están vinculados a productos que quedaban dentro del ámbito de los antiguos monopolios fiscales precomunitarios. Se trata de productos en relación a los cuales le resulta muy difícil al legislador tributario perder la tradicional perspectiva de obtención de altos ingresos públicos que ha pesado sobre los mismos. El altísimo protagonismo de la fiscalidad e intención recaudatoria, suele ocasionar que los esquemas extrafiscales de los que se quiere dotar a los impuestos no se articulen de una manera lo suficientemente coherente. Si a esto unimos que la Unión Europea cuando procede a la armonización fiscal de los impuestos a los que

³⁹ Sobre la evolución de la discusión sobre la problemática de la supremacía o no del Derecho de la Unión Europea sobre las Constituciones nacionales, tanto desde la perspectiva del Tribunal de Justicia de aquélla, como desde la perspectiva de los Tribunales Constitucionales de los distintos Estados miembros, a la luz esencialmente de los derechos fundamentales y con respecto al Derecho Financiero, véase MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.: «El Derecho Financiero Constitucional de la Unión Europea», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 109-110, 2001, pp. 111 y ss.

están sometidos los referidos productos, más que buscar una finalidad realmente extrafiscal, en realidad intenta principalmente evitar problemas de libre competencia de base fiscal entre Estados, al final todo ello desemboca en una extrafiscalidad falta de coherencia en su articulación y que no pasa de ser una mera aparente y rancia justificación para mantener una tributación excesiva.

162. Aunque un impuesto persiga una finalidad extrafiscal, esto no puede convertirlo en totalmente ajeno a los principios de justicia tributaria, como en ocasiones sucede. Además, el hecho de que suela tratarse de impuestos indirectos y que los principios de justicia tributaria no se encuentren lo suficientemente desarrollados en relación a la imposición indirecta y menos aun en el ámbito comunitario, nos sitúa ante un panorama fiscal sin unos parámetros claros que sirvan de coordenadas de actuación normativa. Todo esto dificulta la construcción de una verdadera extrafiscalidad europea, donde casi todo parece extrafiscal y nada consigue serlo rigurosamente.

BREXIT Y CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

BREXIT AND PRORROGATION CLAUSES IN INTERNATIONAL CONTRACTS

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Doctora en Derecho*

Recibido: 13.06.2017 / Aceptado: 24.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3879>

Resumen: El *Brexit* ha traído consigo una etapa nunca antes conocida en la Unión Europea. Los interrogantes que suscita la salida del Reino Unido de la Unión Europea son múltiples. Este trabajo aborda la cuestión de las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos internacionales y la aplicación del art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis en el nuevo escenario que presenta el *Brexit*.

Palabras clave: sumisión expresa, competencia judicial internacional, materia contractual, *Brexit*, Reino Unido, España.

Abstract: The *Brexit* has brought a stage never before known in the European Union. The questions that provokes the exit of the United Kingdom of the European Union are multiple. The present paper focuses the question of prorogation of jurisdiction clauses, art. 25 I Regulate Brussels I-bis, in international contracts in the new scenario that the *Brexit* has started.

Keywords: express submission, international jurisdiction, contractual matters, *Brexit*, United Kingdom, Spain.

Sumario: I. Las cláusulas de sumisión en la contratación internacional. II. Regulación actual: Art. 25 RB I bis. III. Rebus sic stantibus VS. pacta sunt servanda. 1. Ley aplicable a la interpretación del contrato. Distintas opciones. 2. Rebus sic stantibus: El *Brexit* gana a la cláusula de sumisión. 3. Pacta sunt servanda. La cláusula de sumisión gana al *Brexit*. IV. Conclusiones.

“My lord,
we know what we are now,
but not what we may become.”

Hamlet, Act IV.
W. SHAKESPEARE

I. Punto de partida

1. La votación a favor del *Brexit* supuso un hito histórico en la vida de la Unión Europea pues, por primera vez, uno de sus Estados Miembros expresó su deseo de abandonar la Unión Europea. El referéndum que decidió la salida del país de la zona comunitaria empezó a gestarse en 2013 por iniciativa

del ex primer ministro David Cameron. Con poco más del 50% de los votos a favor de la salida de la UE, Reino Unido se ha convertido en la primera nación en formalizar su expresa voluntad de desunión el 29 de marzo. La primera ministra de Reino Unido, Theresa May ha activado el art. 50 Tratado de Lisboa: ha activado el mecanismo para la retirada voluntaria y unilateral del Reino Unido de la UE.

2. ¿Qué va a suceder ahora? Pues se prevé que sea un divorcio extremadamente complejo, ya que hay que deshacer cuarenta y cuatro años de matrimonio. Durante este proceso todo se torna dudoso, nadie sabe exactamente qué va a ocurrir ni cómo va a desarrollarse el mismo. La única vez en la historia que se ha producido algo similar al *Brexit* fue cuando Groenlandia decidió salir de la Unión Europea en el año 1982. Pero entre un caso y otros hay diferencias abismales: Groenlandia es una gran isla situada en la zona nororiental de América del Norte, entre el océano Atlántico y el océano Glacial Ártico, políticamente constituida como una región autónoma perteneciente al Reino de Dinamarca. Más del 77 % de su superficie está cubierta de hielo. Sus 60.000 habitantes ocupan ese territorio y su mayor activo es la pesca. Con este breve resumen de las circunstancias que envolvieron este caso, el proceso de salida de la Unión Europea duró tres años. Tres años en llegar a un acuerdo con la Unión Europea para su salida de la misma.

3. Nada que ver si se compara con el Reino Unido. El Reino Unido es la segunda economía de la Unión Europea, tiene 65 millones de habitantes y tiene que negociar con 27 estados, todo esto en un plazo de dos años, dos años muy tensos que van a cambiar el rumbo de la Unión Europea. Un gran y apasionante desafío éste al que nos enfrentamos. Las consecuencias del *Brexit* ya se dejan sentir y con este trabajo se pone de relieve una de las futuras problemáticas que pueden surgir en el ámbito de la contratación internacional. En el plazo de dos años, contados desde que Reino Unido formaliza su intención de salir de la Unión Europea, el Derecho de producción europea dejará de aplicarse en el Reino Unido, dejarán de aplicarse Reglamentos como el Reglamento Bruselas I-bis¹, el Reglamento que recoge, entre otras cuestiones, las normas de competencia judicial internacional. En concreto, este trabajo aborda la posible incidencia que puede tener la salida del Reino Unido de la Unión Europea en las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos celebrados entre empresas de Reino Unido y España.

4. El principal socio comercial del Reino Unido será la Unión Europea, y hace un tiempo, en concreto, en los meses más duros del invierno europeo, saltó en la prensa una noticia ofrecida por el tabloide británico The Sun, conocido periódico británico que tuvo una fuerte incidencia en la defensa de la postura del *Brexit*. The Sun aprovechaba las circunstancias que se dieron en un concreto periodo para publicar uno de sus habituales titulares sensacionalistas. Compartía en las redes sociales la noticia sobre el desabastecimiento de verduras con la frase “*los supermercados españoles están acumulando arsenales masivos de verduras en secreto*”². Y como se desprende de las palabras de la actual primera ministra británica, la intención de Reino Unido no es sumergirse en una etapa de aislacionismo y proteccionismo. Pero sucede que Reino Unido no produce demasiados vegetales en la época de invierno, necesitan de relaciones comerciales internacionales que les proporcionen lo que ellos no son capaces de producir, pero que el mercado demanda. Esta situación genera una subida artificial de los precios. Desde Reino Unido transmiten la idea de que pueden acudir a otros mercados, mercados alternativos a la Unión Europea, y es verdad. Pero también es verdad que, al crear un mercado más pequeño, los ciudadanos del Reino Unido tendrán menos oferta de productos y pagarán más por ellos; es el resultado del proteccionismo. Si el mercado sólo está en el Reino Unido la oferta será de productos caros, comprarán a productores ingleses un producto caro e ineficiente.

5. Estas circunstancias plantean incógnitas en relación con las transacciones comerciales entre las empresas de Reino Unido y las empresas españolas que proporcionan esos vegetales. Y como

¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012.

² Diario The Sun, fecha de consulta 5 de junio de 2017: https://www.thesun.co.uk/news/2781446/spanish-supermarkets-board-fruit-and-veg-while-brit-shoppers-are-being-rationed/?CMP=splr-_-Editorial-_-TWITTER-_-TheSun-_-20170204-_-798668540

punto de partida plantearé un caso: Empresa española, productora de lechugas, sita en Murcia celebra un contrato de compraventa de lechugas con empresa británica, una cadena de grandes supermercados que operan en toda Inglaterra, en el contrato existe una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Londres.

I. Las cláusulas de sumisión en la contratación internacional

6. Es muy frecuente encontrar cláusulas de sumisión expresa en la contratación internacional. Pero, ¿qué es un acuerdo de sumisión? El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una concreta relación jurídica en cuya virtud, éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por las partes³ (STS 16 mayo 2008 [contrato de salvamento])⁴.

7. Las cláusulas de sumisión expresa en los contratos internacionales aportan considerables ventajas a las partes que contratan. El legislador europeo lo sabe, de ahí que el Reglamento Bruselas I-bis potencie la sumisión, y ésta quede sujeta a exiguos límites de fondo y forma. En definitiva, con ello, se favorece la circulación de la riqueza en el mercado único europeo, auténtico *leitmotiv* del Reglamento Bruselas I. Las cláusulas de sumisión expresa, reguladas en el art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis fomentan los intercambios comerciales en el seno de la Unión Europea.

8. Las cláusulas de sumisión en la contratación internacional permiten a las partes concentrar distintos litigios ante el mismo tribunal, lo que ahorra costes a los particulares implicados en una litigación internacional. Con las cláusulas de sumisión expresa, las partes saben, desde el momento inicial de la operación comercial, qué tribunales estatales serán competentes en caso de litigio: se evitan incertidumbres y se evita litigar sobre “qué tribunal debe resolver” la controversia⁵. Los acuerdos de sumisión refuerzan la previsibilidad del tribunal. Los contratantes pueden elegir los tribunales estatales que consideren más adecuados para resolver sus disputas, ya sea por su rapidez, calidad de la Justicia, o cualquier otro elemento que haga que las partes prefieran esa opción. Incluso en ocasiones, los contratantes utilizan la elección del tribunal como un elemento en la negociación en las transacciones internacionales. Una parte puede ofrecer a la otra buenas condiciones comerciales si a cambio esta otra parte accede a incluir una cláusula de sumisión en favor de los tribunales del país donde radica la primera parte. Las cláusulas de sumisión constituyen elementos mismos de la transacción internacional cuyo sentido puede ser negociado por las partes igual que se negocia la calidad de las mercancías, el precio de las mismas y el lugar de su entrega⁶. Esto refleja la idea de que “*las opciones jurisdiccionales se pueden comprar y vender*”⁷.

II. Regulación actual: Art. 25 RB I bis

9. El art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis regula actualmente la sumisión expresa. Y como se señala en el anterior punto, el legislador europeo somete a escasos límites de fondo y forma a las cláusulas de sumisión expresa. En concreto, se pueden resumir en tres los requisitos o exigencias que establece el art. 25 Reglamento Bruselas I-bis para que estas cláusulas de sumisión produzcan sus efectos:

³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 245.

⁴ STS 16 de mayo de 2008 ECLI: ES:TS:2008:2182.

⁵ A. HUET, “Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale)”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 2003, pp. 1-75.

⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 246.

⁷ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ / S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n. 48, 2013, pp. 9-35.

10. Primero. Requisitos de validez procesal⁸. Estos requisitos se contienen en el propio art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis y en el texto en general del Reglamento. Se enumeran como sigue:

- a) Debe de existir un auténtico “*acuerdo atributivo de competencia*”, un pacto entre las partes en cuya virtud se designan los tribunales competentes para conocer de los litigios que hayan surgido o puedan surgir entre tales partes.
- b) Los tribunales competentes han de pertenecer a un Estado miembro.
- c) Que el litigio al que se refiere el acuerdo afecte a una “situación internacional”.
- d) Que el asunto sometido pertenezca a materia “contenciosa” y no de “jurisdicción voluntaria”.
- e) Que el acuerdo no afecte a materias que son objeto de las competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros, (art. 25.4, art. 24 Reglamento Bruselas I-bis y Cons. 14 y 19 del mismo Reglamento⁹). Estos considerandos recuerdan la necesidad de respetar la autonomía de las partes de un contrato, que no sea de las materias de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, en los que sólo se prevé una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento.
- f) Que el acuerdo expreso de sumisión se refiera a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica.

11. Segundo. Requisitos de validez formal. El art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis exige el respeto a una forma determinada *ad solemnitatem*. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

- a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita.
- b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

12. Tercero. Requisitos de validez sustancial. Son los requisitos relativos a la capacidad de las partes y al consentimiento de las mismas para pactar la sumisión a los tribunales de un Estado miembro. Se rigen por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes de modo exclusivo, incluidas sus normas de conflicto de leyes.

III. *Rebus sic stantibus* vs. *pacta sunt servanda*

13. Las partes son las que mejor conocen lo que es eficiente para ellas. Los pactos celebrados en un momento determinado, con unas concretas circunstancias, pueden tornar difíciles de cumplir si las circunstancias que estaban presentes en el momento de celebración del contrato varían sustancialmente. El brocardo latino “*pacta sunt servanda rebus sic stantibus*” (*los pactos deben cumplirse, mientras las*

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 247.

⁹ Considerando 14 Reglamento Bruselas I-bis:

“Todo demandado que no esté domiciliado en un Estado miembro debe estar sometido, por regla general, a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. No obstante, para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado.”

Considerando 19 Reglamento Bruselas I-bis:

“Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento.”

cosas sigan así) resume esta cuestión. Con el nuevo escenario que se presenta con el *Brexit*, los contratos celebrados entre particulares en un contexto internacional y que contengan una cláusula de sumisión expresa a tribunales de un Estado miembro en el momento de celebración de ese contrato, puede convertirse en una cláusula de sumisión expresa a un tribunal de un Estado no miembro de la UE.

14. Con un resumen del ejemplo expuesto al principio de este trabajo se puede observar un nuevo escenario: Empresa española, productora de lechugas, sita en Murcia celebra un contrato de compraventa de lechugas con empresa británica, una cadena de grandes supermercados que operan en toda Inglaterra, en el contrato existe una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Londres. Ateniéndonos al nuevo escenario que plantea la salida del Reino Unido de la Unión Europea, ¿se daría un cambio fundamental en las circunstancias preponderantes en el momento de celebración del contrato? Sin lugar a dudas, sí que se produce un cambio fundamental: los tribunales a los que se sometieron las partes ya no son tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea. Ya no se aplicará el Reglamento Bruselas I-bis para determinar la competencia judicial internacional de dichos tribunales, sino que se aplicarán las normas nacionales británicas para determinar si ese tribunal es competente o no. Y la sentencia no circulará por la Unión Europea sin exequatur. Esa sentencia no gozará de la facilidad de circulación de la que sí gozan las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales europeos. Las sentencias “europeas” no necesitan exequatur para circular por los Estados miembros de la Unión Europea.

15. El mecanismo jurídico *rebus sic stantibus* es el remedio al desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual, lo hayan previsto o no las partes; esto según expone la jurisprudencia española¹⁰. Pero en la jurisprudencia inglesa esta regla regula la cuestión de modo muy diferente a como lo hace la jurisprudencia española. En el ámbito anglosajón ésta no es la línea que sigue su jurisprudencia, en dicho ámbito, el contrato es “sagrado” y lo pactado en el contrato se ha de cumplir, aunque las circunstancias desde la celebración del mismo varíen.

16. Por el contrario, existen cláusulas como la cláusula contractual *Hardship* (“*imprévision*”, en el Derecho francés), en cuya virtud las partes pueden solicitar una readaptación o modificación del contrato cuando se ha producido un cambio en los datos iniciales y fundamentales a la vista de los cuales se concluyó el contrato, cambio que ha modificado el equilibrio original del contrato hasta el punto de hacer que la obligación de una de las partes le comporte a ésta un extraordinario rigor (*Hardship*) que resulta injusto (B. OPETIT, A. FRIGNANI, M. FONTAINE / F. DE LY, U. DRAETTA)¹¹. Las cláusulas *Hardship* son extraordinariamente frecuentes en los contratos internacionales de larga duración, aunque en la actualidad su uso se ha extendido también a los contratos de duración media. Los contratos petrolíferos, de extracción de otras materias primas, grandes obras, siderúrgicos, bancarios, informáticos y otros similares, están sujetos a cambios políticos, económicos y tecnológicos muy profundos, de modo que suele resultar muy frecuente que los contratantes pacten una *Hardship Clause* para re-adaptar su contrato a las nuevas circunstancias¹². Pero, ¿qué ocurre si las partes no contemplan una cláusula en este sentido?

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de octubre de 2012, FJ 2º: “prevista la cláusula *rebus sic stantibus* para supuestos en que como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas por las partes, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de celebración del contrato, y por lo tanto la cláusula *rebus sic stantibus* “es el remedio al desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual”

¹¹ B. OPETIT, “L’adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances: la clause de ‘hardship’”, *JDI Clunet*, 1974, pp. 794-814; A. FRIGNANI, “Il contratto internazionale”, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, Milán, Cedam, 1990, pp. 193-204; M. FONTAINE / F. DE LY, *Contrats internationaux*, Paris-Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 487-530; B. BOURDELOIS, “L’exécution du contrat international”, en *Lamy Contrats internationaux*, Lamy, Paris, 1995, pp. 1-54, esp. pp. 3-5; U. DRAETTA, “Les clauses de Force Majeure et de Hardship”, *IBLJ*, 2002, núms. 3-4, pp. 347-358.

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La redacción de los contratos internacionales*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 317.

1. Ley aplicable a la interpretación del contrato. Distintas opciones.

17. Todo contrato está regulado por una Ley estatal. Esta Ley estatal que regula el contrato la establece, en España, el Reglamento Roma I¹³. El Reglamento Roma I se aplica para señalar la Ley aplicable a las «obligaciones contractuales» pero sólo «en los supuestos internacionales» o «situaciones que impliquen un conflicto de leyes» (art.1.1 RR-I). Por tanto, se exigen dos requisitos: (a) Que se trate de «obligaciones contractuales en materia civil y mercantil»; (b) Que tales obligaciones contractuales se planteen en el contexto de «situaciones que impliquen un conflicto de leyes». Al tratarse de un Reglamento de la UE, el Reglamento Roma I constituye un texto con alcance general en todos los Estados miembros, es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288.II TFUE, antiguo art. 249.II TCE). Para su aplicación, Reglamento Roma I no debe ser alegado por las partes (J. FOYER, P. LAGARDE), pues *jura novit curia* (erróneamente: Sent. Cour Cassation Francia 1^{re} Ch.civ. 31 mayo 2005¹⁴).

18. Este Reglamento es de aplicación universal, posee efecto “erga omnes”. La “aplicación universal” del Reglamento Roma I significa: 1º) Que el Reglamento Roma I se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes, y de cualquier otra circunstancia, como el lugar de ejecución del contrato, lugar de celebración del contrato, etc.; 2º) Que el Reglamento Roma I se aplica también con total independencia de cuál sea la Ley designada por dicho Reglamento. En efecto, el Reglamento se aplica, aunque la Ley reguladora del contrato designada por dicho Reglamento no sea la Ley de un Estado miembro (art. 2 Reglamento Roma I); 3º) Que cuando el contrato quede regulado por el Reglamento Roma I, las normas españolas de DIPr. de producción interna en materia de contratos internacionales no resultan aplicables. La regla básica del Reglamento Roma I es la siguiente: la Ley del contrato rige los elementos esenciales (*essentialia negotii*) y los elementos accidentales del contrato (*accidentalia negotii*)¹⁵.

19. La Ley que en virtud del Reglamento Roma I regula el contrato regula también la interpretación del mismo. La Ley del contrato precisa el sentido de las disposiciones del contrato, su alcance, y la posibilidad de una “interpretación integrativa” del contrato¹⁶. La Ley del contrato decidirá si ha de optarse por un método de interpretación del contrato de carácter subjetivo, como el seguido en Derecho español, en el que lo que cuenta es la intención de las partes, o bien por un método e interpretación objetivo, como el acogido en otros Derechos, como el Derecho alemán.¹⁷

20. Asimismo, la fuerza obligatoria del contrato también queda regulada por dicha Ley. Es decir, se regula por la *Lex Contractus*. Cuestión muy discutida es si el juez puede modificar la fuerza obligatoria del contrato para adaptarla a los cambios de las circunstancias. El contrato puede contener cláusulas específicas al efecto, lo que facilitará la cuestión. Pero en ausencia de las mismas, esta posibilidad de modificar la fuerza obligatoria del contrato depende de la Ley del contrato, y las Leyes estatales difieren en gran medida en este punto: en general puede afirmarse que la Ley inglesa es rígida (*pacta sunt servanda*), la Ley española es más flexible (*rebus sic stantibus*).

21. El primer punto de conexión que recoge el Reglamento Roma I, en su artículo 3, es el de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes. De este modo, el contrato se regirá por la ley estatal elegida por las partes. Según se extrae de la letra del Reglamento Roma I, la elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del

¹³ 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), DO núm. L 177 de 4 de julio de 2008.

¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. II, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 881 y 890.

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. II, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 1014.

¹⁶ Artículo 12.1 Reglamento Roma I: “1. La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: a) su interpretación;...”

¹⁷ PH. KAHN, “L’interpretation des contrats internationaux”, *JDI ChUNET*, 1981, pp. 5-28.

caso. Si no hay elección de ley, o esa elección no es válida el siguiente punto de conexión es el artículo 4 del Reglamento Roma I. Al contrato siempre lo rige una ley estatal, ya sea la Ley libremente elegida por las partes o a la que conduzca el artículo 4 del Reglamento Roma I.

2. *Rebus sic stantibus*: El Brexit gana a la cláusula de sumisión

22. Si la *Lex Contractus* conduce a la aplicación del Derecho español, bien porque las partes así lo hayan estipulado en su contrato, en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I, o bien porque esta sea la Ley estatal que señale el art. 4 del Reglamento Roma I, la interpretación del contrato se basará en el Derecho español. La jurisprudencia española demuestra ser más flexible a la hora de modificar la fuerza obligatoria del contrato si las circunstancias desde el momento de celebración del mismo han variado de forma muy significativa. Ejemplo de ese cambio de circunstancias significativo sería la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

23. En Derecho español no existe una norma que regule específicamente la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta es una cláusula de construcción doctrinal y jurisprudencial. La doctrina y los tribunales aportan una solución basada en la interpretación de las normas y en la integración de esa laguna legal. Esta es una institución reconocida por la jurisprudencia española¹⁸.

24. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español explica que el necesario ajuste de las instituciones a la realidad social ha producido en la actualidad un cambio progresivo de la concepción tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*, que tenía un marco de aplicación sumamente restrictivo¹⁹. La interpretación y aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido siempre muy restrictiva, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo para reconocer su tácita aplicación a un supuesto de hecho concreto. Este supuesto de hecho concreto es que aconteciera una desproporción exorbitante entre las prestaciones asumidas por las partes y que la eventualidad que determinara tal circunstancia fuera imprevisible. En concreto, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* exige, en la doctrina del Tribunal Supremo y hasta la Sentencia de 30 de junio de 2014, la apreciación conjunta de los siguientes elementos: 1.º) Una alteración sobrevenida, extraordinaria, imprevisible e imputable de las circunstancias en el momento de cumplir las obligaciones en relación con las existentes al tiempo de la perfección del contrato; 2.º) La circunstancia sobrevenida debe ocasionar un desequilibrio radical de las prestaciones, un trastorno de tal magnitud que se genere una desproporción exorbitante entre las partes, por lo que “una de ellas quedaría excesivamente beneficiada y la otra excesivamente perjudicada”. 3.º) El recurso a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* tiene carácter finalista, último, es decir, sólo se puede recurrir a ella en defecto de cualesquiera otros medios para solventar el desequilibrio prestacional en el seno del contrato: es una doctrina de aplicación subsidiaria. 4.º) Debe existir además una relación causal entre la desproporción exorbitante entre las prestaciones y la alteración extraordinaria e imprevisible de las prestaciones. Frente a esta concepción tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus* y de su aplicación, expone el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2014²⁰ que existe una

¹⁸ F.J. ORDUÑA MORENO / L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO. *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*. 2ª ed. Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 82-83.

¹⁹ Comunicación Poder Judicial, fecha 22 de diciembre de 2014. Fecha de consulta 5 de junio de 2017: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales>

²⁰ STS 30 de junio de 2014. ECLI: ES:TS:2014:2823. STS 15 de octubre de 2014. ECLI: ES:TS:2014:5090. Tal como expone la comunicación del poder judicial:

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aplica la cláusula *rebus sic stantibus* y ordena modificar el contrato de arrendamiento de un edificio hotelero en Valencia firmado por la cadena Accor con Residencia Ademuz el 25 de febrero de 1999 con una duración de 25 años. La sentencia consolida la doctrina del Tribunal Supremo sobre el régimen de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite la revisión de un contrato cuando surgen circunstancias nuevas a las existentes en el momento de su firma y las prestaciones de algunas de las partes son excesivamente gravosas rompiendo el equilibrio económico del contrato. La Sala de lo Civil explica que el necesario ajuste de las instituciones a la realidad social ha producido en la actualidad un cambio progresivo de la concepción tradicional de la “*rebus sic stantibus*”, que tenía un marco de aplicación sumamente restrictivo. La resolución, de la

tendencia, en especial a nivel internacional, a normalizar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, dándole encaje en la teoría general del contrato y de las obligaciones.

3. *Pacta sunt servanda*: La cláusula de sumisión gana al *Brexit*.

25. Sin embargo, si la *Lex Contractus* conduce a la aplicación del Derecho inglés, bien porque las partes así lo hayan estipulado en su contrato, en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I, o bien porque esta sea la Ley estatal que señale el art. 4 del Reglamento Roma I, la interpretación del contrato se basará en el Derecho inglés. Por lo tanto, lo pactado en el contrato tendrá una fuerza superior a lo que puedan tener la modificación sustancial de las circunstancias respecto el momento de celebración del contrato. En la regulación de fondo de los contratos internacionales, el Derecho inglés muestra una inclinación al máximo respeto de las cláusulas contractuales y a la mínima intervención judicial. La concepción inglesa del Derecho contractual conduce al respeto y la devoción a la *sanctity of contract*²¹.

26. En los países anglosajones, la tesis de la *Frustration* permite dar cabida a algunos supuestos de renegociación del contrato en presencia de excesiva onerosidad de las prestaciones del contrato. Existe *Frustration* cuando como consecuencia de sucesos sobrevenidos con posterioridad al contrato, la obligación de una parte resulta ser radicalmente distinta de la asumida en el contrato inicial²².

27. La teoría de la doctrina de la *Frustration* que se encuentra vigente es la que ya sostuvo Lord Radcliffe, en el caso *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC*²³: cuando ocurre un evento imprevisto debe atenderse no a la intención de las partes, sino a los términos que un hombre medio razonable hipotéticamente habría acordado respecto a los distintos derechos y responsabilidades que les correspondería a las partes como resultado del imprevisto. En primer lugar, cabe señalar que la doctrina de la frustración requiere que las partes no hayan contemplado en las cláusulas del contrato la ocurrencia del imprevisto, y que dicho imprevisto cambie radicalmente la naturaleza de las obligaciones del contrato. Desde luego, es posible para las partes regular la ocurrencia de imprevistos durante el cumplimiento del contrato, lo cual puede realizarse mediante cláusulas de “fuerza mayor” o “hardship”. Si el contrato contiene estas cláusulas, la doctrina de la frustración no es aplicable. Sin embargo, cabe señalar que el ámbito de la doctrina de la frustración es restringido, y no cubre aquellos casos en que hay una excesiva onerosidad sobrevenida como consecuencia del imprevisto. Los tribunales han enfatizado que el aumento significativo del coste de cumplir un contrato para una de las partes no es un antecedente suficiente para la aplicación de la doctrina de la frustración. En el caso *Contractors Ltd v Fareham UDC*, la House of Lords rechazó de forma unánime esta posibilidad, señalando que el cambio de circunstancias debe implicar un cambio en la obligación de tal magnitud que, de cumplirse, constituiría una obligación distinta a la que originalmente la parte afectada se comprometió²⁴. En consecuencia, el sistema inglés excluye la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida para las prestaciones de una de las partes, y sólo constituye una solución para casos de caso fortuito o fuerza mayor. En último lugar, cabe mencionar que de ser aplicable la doctrina de la frustración, el resultado es la terminación del contrato. Dicha terminación sólo tiene efectos para el futuro, no es retroactiva. Por medio de la legislación, se han establecido algunos mecanismos de compensación para la parte que ya ha cumplido su obligación antes del cambio de circunstancias, y que se ve afectada por la terminación del contrato²⁵.

que ha sido ponente el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, afirma que ahora se tiende a una aplicación normalizada de dicha figura y se declara “que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”.

²¹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *R.E.D.I.*, vol. LXI, 2009, 1, p. 52.

²² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La redacción de los contratos internacionales*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 317.

²³ *Contractors Ltd v Fareham UDC*, sitio web de consulta: <http://www.e-lawresources.co.uk/Davis-Contractors-v-Fareham-UDC.php>

²⁴ Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, sitio web de consulta: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/contents>

²⁵ A. PINO EMHART, “Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos”, *Revista chilena de derecho privado* n° 22, julio 2014 pp.233-253.

IV. Conclusiones

28. Primera conclusión. Laguna intencionada por parte del legislador europeo. El Reglamento Bruselas I-bis nada expone en su articulado sobre la posibilidad de que un cambio sustancial en las circunstancias que englobaron la celebración de un contrato, pueda tener algún tipo de repercusión en una válida cláusula de sumisión expresa a un tribunal de un Estado miembro. Esa laguna parece ser intencionada. Si el legislador hubiese querido prever esta posibilidad lo podría haber hecho e incluirlo en la última reforma del Reglamento Bruselas I-bis. La legislación europea tampoco regula la transmisión a terceros de las cláusulas de sumisión expresa. Estas normas parcas en sus términos necesitarán de un desarrollo posterior ante estas cuestiones que se plantean. El legislador deja con esa laguna legal una libertad de actuación a los tribunales. La Ley no puede prever todas las posibilidades que pueden surgir en la práctica. Donde no llega el legislador europeo a la hora de definir estos términos jurídicos, llega la jurisprudencia. Es así: llega allí porque el legislador europeo así lo ha dispuesto, al dejar sin regulación esta importante cuestión. En cierto modo, eso es justo y también es conveniente, porque permite a la jurisprudencia adaptar la regla general a los caracteres específicos del caso concreto. La solución a esa laguna intencionada la cubrirá en un primer momento la doctrina. Y posteriormente, una vez surja la problemática ante los tribunales tendrá que pronunciarse los tribunales nacionales y el TJUE y ofrecer una solución que no aportó el legislador europeo en sus normas.

29. Segunda conclusión. El pacto de sumisión. El pacto de elección de tribunal es en sí mismo un contrato de tipo procesal. Las cláusulas de sumisión las regula el Reglamento Bruselas I-bis, en su art. 25, establece los requisitos a los que deben someterse estas cláusulas para ser válidas. Para su regulación se parte del Reglamento Bruselas I-bis. Cuestión distinta es la relativa a la Ley que regula el contrato, la *Lex Contractus*, esta Ley la señala el Reglamento Roma I, y será la Ley bajo la que se interprete el contrato. Por lo tanto, una elección de Ley válida y previa al surgimiento del litigio puede ofrecer seguridad a la hora de que las partes conozcan si el tribunal que conozca de su controversia será más proclive a la hora de modificar la fuerza obligatoria del contrato si las circunstancias desde el momento de celebración del mismo han variado de forma muy significativa, o no.

30. Tercera conclusión. Respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. El legislador europeo deja muy claro en el articulado del Reglamento Bruselas I-bis y en sus considerandos, y en el Reglamento Roma I y también en los considerandos del mismo, su firme respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en la materia contractual desde el prisma conflictual. Por lo tanto, en el ejercicio de su autonomía privada y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento estatal, los intervinientes en un negocio jurídico pueden acordar la sumisión de sus litigios a los tribunales de un determinado Estado, de forma expresa. De ahí que la autonomía privada en forma de libre elección de Ley y libre elección de tribunal, conduce a la eficiencia del Derecho internacional Privado. Pero si las partes no pactan una sumisión expresa, el tribunal del Estado que es proclive a aplicar el mecanismo jurídico *rebus sic stantibus*, no tendría posibilidad de modular el contrato mediante dicho mecanismo jurídico, a no ser que los foros del Reglamento Bruselas I bis, foro general del domicilio del demandado o el foro especial por razón de la materia, otorguen la competencia sin ningún género de duda a los tribunales del Estado que utilicen ese mecanismo jurídico para modular las nuevas circunstancias que trae consigo el Brexit.

31. Cuarta conclusión. El *Brexit* plantea numerosos interrogantes para los particulares: es un nuevo escenario en la contratación internacional. El intercambio de bienes es necesario, y la prevención y previsibilidad de las posibles contingencias que puedan devenir de esa actividad comercial internacional deben de estar incluidas en el clausulado del contrato. Las partes en virtud de su autonomía de la voluntad pueden someterse expresamente a unos tribunales, pero obtendrán un plus de seguridad y certeza si también eligen la ley del contrato. La ley del contrato elegida determinará cómo se ha de interpretar el mismo, y por lo tanto, se podrá prever si los tribunales que conozcan de sus controversias serán más o menos proclives a hacer una interpretación estricta del clausulado del contrato, o si por el contrario será más proclive a atender a las nuevas circunstancias que plantea la salida del Reino Unido de la Unión

Europea. Ahora más que nunca una adecuada elección del tribunal y del Derecho aplicable al contrato pueden determinar un final de la controversia óptimo para las partes, asegurando a las mismas una previsión de lo que pueda suceder con sus contratos tras el nuevo escenario que presenta la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

32. Quinta conclusión. El contrato es un todo y debe ser regulado como un todo por una sola Ley. La Ley del contrato es la determinada por el Reglamento Roma I. A falta de regulación material de la doctrina *rebus sic stantibus* en el Reglamento Bruselas I bis, la Ley del contrato nos dirá si el contrato sigue vigente, si se termina o si se ejecuta en sus propios términos. Es cierto que el pacto de elección de tribunal es un contrato dentro del contrato de compraventa y, por lo tanto, tiene sus propias reglas en el Reglamento Bruselas I bis. Pero ante el silencio de éste, hay que acudir al Reglamento Roma I y a la Ley del contrato para encontrar una solución de reemplazo. Ya que la cláusula de sumisión no deja de ser una cláusula del contrato de compraventa. Es una solución previsible para las partes y, por lo tanto, eficiente y que comporta unos costes reducidos. Esto favorece el intercambio internacional y eso siempre es óptimo.

33. Sexta conclusión. Por último, el tema principal de estas páginas cabe formularlo en forma de pregunta puntual: ¿qué es mejor para el comercio internacional, que la *Lex Contractus* defienda lo pactado por las partes o que permita adaptar lo pactado al *Brexit*? No se debe dar una respuesta material a una cuestión conflictual como la planteada. La cuestión no radica en decidir si una Ley estricta es más justa que una ley flexible. La cuestión radica en decidir si es más razonable aplicar una ley estatal u otra. Pues bien, si las partes han elegido una Ley estatal concreta, por previsibilidad, debe ser esa Ley la que se aplique al contrato y a la cuestión de la modificación de la sumisión, sea la Ley estatal que sea. Si las partes no han elegido una Ley estatal concreta, debe ser la Ley determinada por el art. 4 del Reglamento Roma I la Ley que decida la cuestión, porque es la Ley que las partes esperan ver aplicada, la que genera menos costes conflictuales. La aplicación de esa Ley puede ser prevista por ambas partes, es justo que se aplique esa Ley y no otra, ya sea una Ley que respete al máximo las cláusulas del contrato o una Ley que adapte el contrato a las nuevas circunstancias. Si la *Lex Contractus* es rígida, las partes saben que han firmado un contrato rígido, por lo que es justo que el contrato sea rígido y el *Brexit* no afecte a lo pactado. Si, por el contrario, las partes han firmado un contrato bajo una Ley flexible, las partes esperan una adaptación del contrato y, por lo tanto, una adaptación del contrato al *Brexit*. Ésta es una respuesta con un enfoque conflictual, pero precisamente por eso es una respuesta justa. Si la Ley del contrato es la Ley inglesa y los contratantes lo saben, utilizar el mecanismo de *rebus sic stantibus* sería injusto, y viceversa.

34. Séptima conclusión. Es un dato constatado que la mayoría de los contratos en la contratación internacional están sujetos al Derecho inglés, las partes eligen este Derecho y una de las principales razones de esa elección es que el Derecho inglés respeta las cláusulas contractuales, la intervención judicial en la interpretación del contrato es mínima. Las partes prefieren que no intervenga el juez. Las partes desean que se respete la seguridad jurídica y su autonomía de voluntad, no quieren que un tercero, en este caso el juez, pueda alterar lo pactado. Por eso eligen el Derecho inglés. Igualmente, en el arbitraje se suele respetar mucho más la voluntad expresa de las partes. La Ley inglesa ostenta un notable protagonismo como *Lex arbitri*. El árbitro toma su poder de las mismas indicaciones de las partes. Los árbitros no son “el brazo de la soberanía de ningún Estado”, en célebre frase de A. REMIRO BROTONS, pero los jueces sí son ese brazo de la soberanía de un Estado. Y de ahí, que el juez pueda hacer lo que crea conveniente en la interpretación del contrato, sin embargo, un árbitro está sujeto de modo más estricto a lo pactado por las partes. Para el árbitro la Ley es lo que dicen las partes, el elemento valorativo supremo para el árbitro es lo pactado por las partes, sin embargo, el elemento valorativo supremo para el juez es lo que dice el Estado. Lo que las partes hayan querido debe respetarse al máximo por el árbitro, sin embargo, el juez en la aplicación de la Ley tiene mayor poder para corregir el contrato si fuese preciso. Y aunque no es lo habitual en la contratación internacional, si las partes eligen únicamente la *Lex Mercatoria* para la regulación de su contrato, ¿cabría su adaptación tras el *Brexit* por parte del árbitro? En otras palabras, ¿el mecanismo jurídico *rebus sic stantibus* es parte de la *Lex Mercatoria*? Este mecanismo no forma parte de la *Lex Mercatoria*, *rebus sic stantibus* no es un uso uniforme en el comercio

internacional. La prueba de ello es que en el Derecho inglés no se encuentra este mecanismo. Resultaría injustificado que un árbitro adaptara el contrato, ya que las partes no lo contemplaron y, además, la *Lex Mercatoria* no lo establece así. Si el árbitro adaptará el contrato cuando la Ley rectora del mismo sea la *Lex Mercatoria* actuaría yendo más allá de lo que las partes pactaron, y la consecuencia de esa actuación podría ser la anulación de su laudo. Esto no resultaría positivo para la seguridad jurídica, y por supuesto, perjudicaría el intercambio internacional con cláusulas de sumisión arbitral.

LAS “UNIONES REGISTRADAS” EN ESPAÑA COMO
BENEFICIARIAS DEL DERECHO DE LA UE
A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE
Y DEL REGLAMENTO (UE) 2016/1104*

SPANISH “REGISTERED PARTNERSHIPS” AS BENEFICIARIES
OF EU LAW ACCORDING TO THE DIRECTIVE 2004/38 (EC)
AND THE REGULATION (EU) 2016/1104

DIANA MARÍN CONSARNAU

Profesora lector. Derecho internacional privado

Universitat Rovira i Virgili

orcid ID: 0000-0001-8882-7325

Recibido: 30.06.2017 / Aceptado: 24.08.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3880>

Resumen: El legislador europeo contempla las uniones registradas como modelos familiares beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia, cuyos obstáculos además precisan ser eliminados cuando se trata de resolver los problemas derivados en la administración o división de su patrimonio. Esta realidad impacta en el legislador interno a distintos niveles. Uno de ellos es la voluntad de plantearse si las parejas nacidas a la luz de la normativa interna pueden o no acogerse a las bondades que ofrecen los instrumentos europeos como son la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004 y el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016. Cuestión a la que forzosamente se ha visto abocado el legislador catalán, cuyo intento de adaptación a la categoría de pareja registrada sigue presentando interrogantes tras el Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre, relativo a la creación del Registro de parejas estables.

Palabras clave: unión registrada, libertad de circulación y residencia, derechos de residencia, efectos patrimoniales.

Abstract: The aim of this report is to analyze the current situation of Spanish “registered partnerships” and the application of benefits included in the Directive 2004/38/EC of 29 April 2004 and in the Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016. The European instruments promote their freedom of movement and residence, the obstacles to which shall be eliminated, in particular regarding the difficulties experienced by couples in managing or dividing their property, although that impacts in the national Law in different levels. One of them implies to discussion concerning the application of both instruments according to the definition of registered partnership. In order to manage it, the Catalan Civil Code has been amended by the Decree-Law 3/2015 of October 6, relating to the creation of a Register of unmarried partners. However, the Catalan Register shows some characteristics that pose new questions to solve.

Keywords: registered partnership, freedom of movement and residence, residence rights, property consequences.

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado “Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los Reglamentos comunitarios de Derecho internacional privado”, financiado por el Ministerio de Economía y competitividad, con referencia DER2016-75318-P.

Sumario: Sumario: I. Introducción. II. Los problemas que plantea desde la perspectiva española la definición de “unión registrada” en los instrumentos europeos III. Del asunto Ann Florence Reed a la Directiva 2004/38/CE. IV. La transposición de la Directiva 2004/38/CE y las problemáticas como Estado miembro de acogida y como Estado miembro del registro. V. Los efectos al veto de los registros y a su levantamiento. 1. Naturaleza y efectos de los registros. 2. Condiciones para el reconocimiento. 3. La exigencia de registro único. 4. Desigualdad y turismo registral. 5. Nuevos retos: El Reglamento (UE) 2016/1104. VI. La creación de un Registro de parejas estables en Cataluña. 1. Derechos de residencia. 2. La aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/1104 a debate. VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El Derecho de la Unión Europea acoge a las uniones registradas como un modelo de familia que acompaña al ciudadano de la Unión en el ejercicio de las libertades comunitarias. En este sentido las uniones registradas son reconocidas por la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004¹, como familiares beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia. Reconocimiento que ahora con el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, 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 registradas², ayuda a situarnos en otra esfera, puesto que contamos con un instrumento destinado a eliminar los obstáculos a la libre circulación de estas parejas que permite resolver los problemas a los que se enfrentan en la administración o división de su patrimonio.

En principio esta cuestión podría ser tratada como la evolución natural de los derechos de residencia a las soluciones que precisan abordarse respecto a las relaciones jurídicas privadas de estas parejas en sus movimientos transfronterizos. Sin embargo, ambos instrumentos proporcionan unas definiciones de unión registrada, a efectos exclusivos de su aplicación, que desde la perspectiva interna de unión registrada ofrecen dificultades en el complejo camino hacia una aplicabilidad coordinada de la Directiva y del Reglamento.

El objeto del presente trabajo es analizar precisamente la problemática que se genera en el logro de una aplicación sincrónica, si ese es el deseo del legislador europeo e interno, de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104, especialmente cuando lo pareja se inscribe en España en un registro de carácter autonómico o municipal, prestando especial atención al Registro de parejas estables creado en Cataluña a finales del año 2015 y que se ha puesto marcha durante el año 2017.

II. Los problemas que plantea desde la perspectiva española la definición de “unión registrada” en los instrumentos europeos

2. En un contexto de derechos de ciudadanía y libertades comunitarias, las relaciones de carácter afectivo no matrimoniales, entre un ciudadano de la Unión y un nacional de un tercer Estado, juegan un complejo papel en los procesos de reagrupación familiar, conectándose el reconocimiento de los vínculos familiares a efectos de residencia³ con las cuestiones que afectan a su esfera jurídico privada⁴. Estos

¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. *DOUE* L 158/77 de 30 de abril de 2004.

² *DOUE* L 183 de 8 de julio de 2016.

³ Como ha señalado Esteban de la Rosa en relación a los procesos de reagrupación familiar y el Derecho internacional privado: “Quizá una de las ocasiones en las que ambos ordenamientos entran en relación de forma más frecuente tiene lugar con ocasión de la tramitación de la reagrupación familiar, dado que es preciso acreditar o demostrar el vínculo del parentesco”. Véase en G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, p. 195.

⁴ En referencia al papel de la interacción entre ambos S. SÁNCHEZ LORENZO, “Las parejas no casadas ante el derecho internacional privado”, *REDI*, vol. 41, n° 2, 1989, p. 505. Y es que la relación familiar que manejan los instrumentos comunitarios es una cuestión previa al Derecho de extranjería y al Derecho internacional privado en las relaciones personales y patrimoniales

procesos pueden tener su origen en los movimientos transfronterizos que un ciudadano de la Unión realiza al trasladar su residencia de un Estado miembro a otro Estado miembro. Pero también se dan en supuestos en los que la pareja mixta se crea en el Estado miembro en el que el ciudadano de la Unión posee la nacionalidad y en el que siempre ha residido.

La primera de las situaciones encuentra acogida en la Directiva 2004/38/CE. En su art. 3.1 incluye como miembros de la familia del ciudadano de la Unión beneficiarios de la extensión del derecho de residencia a las uniones registradas, a la vez que en su art. 3.2 impulsa a que los Estados miembros faciliten la entrada y la residencia a aquellas parejas que mantengan una convivencia estable fáctica y debidamente probada.

No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto el TJUE, la Directiva no resulta aplicable en aquellos casos en los que el ciudadano de la Unión reside y siempre ha residido en el Estado miembro del que es nacional⁵. Aunque, por el momento, nada impide que un Estado miembro pueda otorgar a los familiares de sus propios nacionales que no han ejercido el derecho a libre circulación y residencia en otro Estado miembro, el mismo trato en la reagrupación familiar que recibiría cualquier ciudadano de la Unión de otro Estado miembro. En consecuencia, y trasladando la cuestión al Derecho de extranjería de los Estados miembros, el régimen aplicable a los familiares de dichos ciudadanos de la Unión “estáticos” podrá ser el régimen general de extranjería o el régimen previsto para los ciudadanos de la UE y sus familiares, generándose, si se opta por la primera de las opciones, una política de discriminación inversa⁶.

Estas reglas del juego complican la transposición de la Directiva en España en lo referente a las uniones registradas⁷. La falta de una regulación de unión registrada con carácter propio y que acceda al Registro civil se enfrenta a la ardua tarea de encontrar el equilibrio en el mantenimiento de un sistema que otorgue un trato igualitario a los familiares de ciudadanos de la Unión que trasladan su residencia a España y a los familiares de los nacionales españoles, independientemente de si el nacional español ha ejercido o no el derecho a la libre circulación y residencia⁸. Opción actual de la normativa española que ha sido forzada por la postura mantenida por el Tribunal Supremo en referencia a la anulación de la expresión “que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado” contenida en el originario art. 2. b) RD 240/2007⁹.

A este escenario tenemos que sumar la embrollada técnica que ofrece la Directiva 2004/38/CE para no injerir en el derecho interno de los Estados miembros respecto la existencia de las uniones registradas y que éstos resulten obligados o no a reconocerlas como beneficiarias del derecho de residencia en régimen de libre circulación. El carácter preceptivo de su inclusión se debe al cumplimiento de unos requisitos que aparecen en la definición de unión registrada que proporciona la Directiva, insistimos, a efectos exclusivos de su aplicación: que se trate de una relación afectiva análoga a la matrimonial, celebrada conforme a la ley un Estado miembro y en la que además se otorgue un trato equivalente al

de estas parejas. E. ZABALO ESCUDERO, “Relaciones internacionales de familia y derechos de los extranjeros a vivir en España”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 18, 2008, p.1.

⁵ STJUE 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, 34/09, *Rec. I-01177*. 2011, apartado 39. Véase comentario sobre esta concreta cuestión en P. ABARCA JUNCO, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE *Ruiz Zambrano*)”, *REEL*, nº 23, 2012, pp. 13-15.

⁶ La discriminación inversa ha sido tratada ampliamente por la doctrina: A. BORRÁS, “Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, tome 317, 2005, p. 341; D. SCHAFFRIN, “Which standard for family reunification of third-country nationals in the European Union?”, en J- Y. CARLIER; P. DE BRUYCKER (Coord.), *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.143; J. D. JANER TORRENS, “El ámbito de la aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, 2003, p. 308; E. CANNIZZARO, “Producing reverse discrimination Through the Exercise of EC Competences”, *Yearbook of European Law*, nº 17, 1998, p. 29; H. U. JESSURUN D’ OLIVEIRA, “Is Reverse Discrimination Still Permissible Under the Single European Act?”, en AA.VV., *Forty years on: the evolution of post war private international law in Europa: symposium in celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law*, Amsterdam, Kluwer, 1990, p. 71; D. PICKUP, “Reverse discrimination and freedom of movement for workers”, *Common Market Law Review*, nº 23, 1986, p. 137.

⁷ Las dificultades para la correcta transposición de la Directiva y el papel de la ciudadanía de la Unión fueron puestas de manifiesto tempranamente. A. BORRÁS, *op. cit.*, pp. 361-363.

⁸ Señalado como un privilegio que otorga la legislación española a los familiares de españoles. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Liberdades comunitarias y nacionales de terceros estados”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo V, 2005, p. 259.

⁹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1 de junio de 2010, *RJ* 2010\5470.

matrimonio en el Estado miembro de acogida¹⁰. A partir de ahí, la Directiva se preocupa de las formas de acreditación en el proceso de la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión¹¹ y se centra en pautar aquellas cuestiones que afectan al reconocimiento de derechos de residencia en el Estado miembro de acogida.

De este modo, el Estado miembro de acogida se verá obligado a la inclusión de las uniones registradas en la transposición de la Directiva cuando las uniones registradas en dicho país reciban un trato equivalente a la unión matrimonial. Sin embargo, también se le permite establecer condiciones para su reconocimiento como familiar del ciudadano de la Unión, al añadir al final de la definición “y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida”. La complicación estriba entonces en fijar, si es posible, la determinación de los términos de la equivalencia en los que se mueve la Directiva¹² y discernir qué condiciones del Estado miembro de acogida no resultan ser un elemento subjetivo que afecte a la existencia de la pareja, puesto que entendemos que éstos últimos son competencia del Estado miembro conforme a la legislación del cual se ha constituido la unión registrada.

La intención del legislador europeo resulta en principio respetuosa en la no intrusión en el derecho interno sobre las regulaciones de este tipo de uniones. En este sentido puede considerarse que es de relativamente clara aplicación y fácil transposición para aquéllos que regulan propiamente una institución de unión registrada con un trato equivalente a la unión matrimonial, en cuyo caso la inclusión es preceptiva, y para aquellos que las desconocen, que podrán o no incorporarla. Sin embargo, el problema emerge cuando la definición proporcionada por la Directiva no encuentra un claro encaje, como ocurre en el caso español. Y es que aunque de acuerdo con las legislaciones autonómicas que regulan las parejas estables conforme el principio constitucional de protección de la familia¹³, y que contemplan la inscripción en un registro público, puede justificarse la existencia de un trato equivalente respecto a las uniones matrimoniales, lo cierto es que a la par también puede discutirse la existencia en España de la categoría de unión registrada propuesta por la Directiva, puesto que la inscripción en un registro no presupone en sí misma la consolidación de una figura de unión registrada con entidad civil propia. Esto es, que se reconozca dicho registro como la celebración de una unión registrada en los términos de la Directiva. Las uniones afectivas no matrimoniales, fruto de estas de estas normativas autonómicas, son una institución jurídica y el registro de parejas no es desconocido en el ordenamiento jurídico español¹⁴. Pero la realidad es que existen distintos modelos de parejas no casadas con denominaciones y regulaciones autonómicas dispares y con un denominador común: no son uniones que acceden al Registro civil. A ello le sumamos que en las distintas regulaciones autonómicas de parejas no casadas (algunas de ellas con competencia civil y otras no) el registro de parejas de carácter administrativo no siempre existe, y en el caso de existir, su inscripción puede tener o no un carácter obligatorio y/o constitutivo¹⁵.

Esta es la atmósfera en la que se plantea el reto de la transposición de la Directiva 2004/38/CE efectuada por el RD 240/2007, de 16 de febrero¹⁶, cuya voluntad es la de acoger a las uniones registra-

¹⁰ Surge de la relación entre los art. 3.1 y 2, apartado 2, b) de la Directiva 2004/38/CE.

¹¹ Art. 10.2 Directiva 2004/38/CE. Se trata de la acreditación del vínculo a través de los requisitos de autenticidad del documento. A estos efectos y en concreto sobre los documentos públicos en el trámite de la solicitud de la tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión véase M. FONT I MAS “Los procedimientos de validación de los documentos públicos en el derecho de extranjería: especial referencia a la apostilla electrónica”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 31, 2012, pp. 224-229.

¹² Cuestión que queda abierta en la Directiva como ha puesto de manifiesto J-Y. CARLIER, “Le devenir de la libre circulation des personnes dans l’Union Européenne: regard sur la Directive 2004/38”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 1-2, 2006, p. 17-18.

¹³ Estas regulaciones autonómicas clarifican la situación jurídica de las parejas, sin que ésta llegue a equipararse a la de los matrimonios. B. RODRÍGUEZ RUIZ, “Posición constitucional de las parejas de hecho”, en E. ROCA TRÍAS (Dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 36.

¹⁴ Se pasa de una situación de hecho hacia una institución jurídica a medida que su estatuto se vuelve más complejo. J. M. FONTANELLAS MORELL, “Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol”, en J. M. MARTINELL, M. T. ARECES PIÑOL (Eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Servei de publicacions de la Universitat de Lleida, 1998, p. 242 y I. GALLEGÓ DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de estudios registrales, 1995, pp. 80-82.

¹⁵ En el estudio de detección de estos registros D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 155-163.

¹⁶ Esta norma ha sido modificada en diversas ocasiones. Puede consultarse la versión consolidada en: [http://extranjeros. empleo.gob.es/es/Normativa/nacional/ciudadanos_ue/index.html](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Normativa/nacional/ciudadanos_ue/index.html).

das como miembros de la familia del ciudadano de la Unión (incluyéndose al nacional español)¹⁷. Este propósito nos sitúa en una posición peculiar, tanto como Estado de acogida (cuando la pareja se ha registrado en otro Estado miembro y traslada su residencia a España)¹⁸, como cuando actuamos como Estado del registro (cuando la pareja se inscribe en un registro en España y después traslada o no su residencia a otro Estado miembro)¹⁹.

Aunque la Directiva no se preocupa especialmente de las cuestiones que afectan como Estado miembro del registro, las consecuencias en la transposición, como veremos, no pasan desapercibidas en su aplicación. Ante una realidad como la nuestra, si como Estado miembro de acogida incluimos a las parejas registradas existen consecuencias inevitables como Estado miembro del registro, ya sea a) aceptando que existe la figura de unión registrada a efectos de la Directiva o b) efectuando una transposición más favorable.

Y es que aun posicionándonos en que a) o b) es lo que sucede en España nos topamos con la realidad de nuestras parejas no casadas, intensificándose la problemática en el caso de las uniones mixtas (entre español y nacional de un tercer Estado) inscritas en un registro municipal o autonómico, en el que con alta frecuencia nos encontramos con que la pareja quiere seguir residiendo aquí. En este supuesto jugamos el doble papel de Estado del registro-“acogida”²⁰. Papel que no juegan los Estados miembros en los que la reagrupación familiar de los propios nacionales que no han ejercido sus derechos de libre circulación y residencia quedan al margen del régimen de reagrupación familiar previsto en la Directiva 2004/38/CE²¹. La consecuencia de este amparo extenso es que la inscripción en un registro de la pareja conduce a que en la práctica, según el lugar de España en el que la pareja reside puede o no acceder al estatus de residencia en régimen de libre circulación. Y ello por considerar la inscripción en el registro un estatus que eleva a la pareja a la categoría de unión registrada y que lleva aparejada, de cumplirse con determinados requisitos, la obtención de la correspondiente tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión.

Cuestión que en Cataluña, en la que centraremos nuestro trabajo, además reviste de una especial complejidad. El modelo de convivencia estable de pareja que prevé el libro segundo del Código civil de Cataluña no ha contemplado dicho registro como una fórmula para constituirse como una pareja estable y tampoco este fenómeno se ha producido con la modificación operada por el Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre²², destinado a la creación de un Registro de parejas estables. Cambio que además llega con otra modificación al RD 240/2007, efectuada por el RD 987/2015, de 30 de octubre²³, y que proporciona nuevas perspectivas a la familia extensa, en la que se encuentran las parejas estables no registradas, y se acoge su residencia en el régimen de extranjería de libre circulación. Esto genera un nuevo contexto de escalera de soluciones a la falta de registro o de un registro distinto al que emana de la voluntad del legislador europeo en cuanto a la dotación de efectos de residencia.

Pero no acaba aquí la enmarañada situación que acompaña a las uniones registradas en Cataluña. Además de la voluntad manifestada por la norma catalana referente a que la creación del registro de

¹⁷ El Consejo de Estado ya advirtió sobre las disfunciones que podía provocar la inclusión de estas parejas y no por ser una figura desconocida por nuestro ordenamiento jurídico, sino por la inexistencia de un instrumento único que garantice la igualdad de las uniones registradas en todo el territorio español y por el efecto perjudicial que también puede causar en cuanto a la posibilidad de duplicidad de registros. Dictamen del Consejo de Estado, de 2 de noviembre de 2006, sobre el Proyecto de Real Decreto sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Número de expediente: 1829/2006 (Trabajo y Asuntos sociales).

¹⁸ Según la definición dada por el art. 2 Directiva 2004/38/CE es el Estado miembro al que se traslada el ciudadano de la Unión en el ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia.

¹⁹ El registro de la pareja debe ser en un Estado miembro y no en un tercer Estado para el reconocimiento de la unión como familiar del ciudadano de la Unión. Ello implica un elemento restrictivo de la Directiva sobre la ordenación de estas parejas. M. N. ARRESE IRIONDO *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de Circulación de los Familiares Extranjeros*, Bilbao, LETE argitaletxea, 2012, p. 79.

²⁰ Se entrecomilla el término acogida puesto que en este caso no hay traslado de la residencia a otro Estado miembro como prevé el art. 2 de la Directiva.

²¹ Véase sobre los Estados miembros que mantienen regímenes de discriminación inversa WALTER, A., *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Nijmegen, Centre for Migration Law, 2008.

²² DOGC de 8 de octubre de 2015 y BOE 297 de 12 de diciembre de 2015.

²³ BOE de 9 de noviembre de 2015.

parejas estables suponga la aplicación a las parejas nacidas al amparo de la legislación civil catalana del Derecho de la UE que afecta a los derechos de residencia, se suma ahora el interés a que en un futuro no muy lejano resulte también aplicable a las parejas que presenten un elemento de internacionalidad el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo. Sin embargo, la definición de unión registrada que proporciona el Reglamento en su art. 3.1 a) en cuanto a los elementos que deben darse para que resulte aplicable el Reglamento, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones referente a la disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales²⁴, nos lleva a sopesar si realmente el registro de parejas estables creado vaya a provocar o no este efecto²⁵.

En definitiva, esta situación caótica en la que la inercia nos ha llevado a reconocer derechos de residencia un tanto irreflexivos, nos embarca en un viaje de obstáculos, ofreciéndonos una problemática viva, dinámica, que se ha ido construyendo en diferentes estadios analizados a lo largo del presente trabajo y cuya génesis en común es la difícil tarea de delimitación de la categoría de unión registrada a efectos de la norma comunitaria cuando se traslada al plano interno. La evolución del problema se contempla en una secuencia de fases que responden a la estructura de nuestro estudio fruto de los distintos estadios en los que se han producido novedades o cambios importantes, alimentándose la necesidad de adaptar el modelo familiar interno de parejas estables al nivel de registro que reclaman los instrumentos europeos para su aplicación.

III. Del asunto *Ann Florence Reed* a la Directiva 2004/38/CE

3. La introducción de las uniones no matrimoniales en la Directiva 2004/38/CE como miembros de la familia del ciudadano de la Unión beneficiarios de la extensión del derecho a la libre circulación es una novedad respecto a instrumentos comunitarios anteriores²⁶. Se traduce en una categoría diferenciada de parejas, según se trate de a) un modelo formal registrado o b) de un modelo formal no registrado o fáctico. La diferencia estriba en que el primer modelo es considerado como un miembro de la familia del ciudadano de la Unión, al que tiene que extenderse el derecho a la libre circulación y residencia, y el segundo modelo forma parte de la denominada familia extensa, al que debe facilitársele la entrada y la residencia.

Su incorporación responde en cierta medida a la jurisprudencia comunitaria, en la que se ha reconocido con carácter previo a la Directiva 2004/38/CE, que la pareja estable de un ciudadano de la Unión que traslada su residencia y trabaja en otro Estado miembro tiene también un derecho de residencia, siempre que en el Estado miembro de acogida los nacionales de ese Estado miembro dispongan del derecho a residir con sus parejas en el marco del Derecho de extranjería. Así fue puesto de manifiesto en el asunto *Reed*²⁷, del que se dependen dos criterios tomados en cuenta y que ya han sido superados positivamente por la Directiva 2004/38/CE²⁸:

1. La no equiparación de la figura de la pareja estable al cónyuge. En este sentido, el Tribunal entiende que no cabe una interpretación extensiva del art. 10 a) del Reglamento (CEE) n°

²⁴ COM (2011) 125 final.

²⁵ Como ya ha sido señalado por la profesora Borrás mucho antes de esta realidad, la aplicación del Derecho comunitario es un esfuerzo continuo. A. BORRÁS, “Espanya com a membre de la Comunitat europea i els seus efectes sobre les Comunitats Autònomes”, *Autonomies. Revista catalana de Dret públic*, n° 13, 1987, p. 50.

²⁶ M. D. BLÁZQUEZ PEINADO, “La transposición en derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 27, 2007, p. 605.

²⁷ STJCE 17 abril de 1986, *Ann Florence Reed*, 59/85, *Rec. 01283*. 1986.

²⁸ La evolución social sobre la regulación de este tipo de parejas en los diferentes Estados miembros ha dado paso a su reconocimiento como familiar de ciudadano de la Unión. Respecto a una previsible evolución de este tipo emanada del Asunto *Ann Florence Reed* véase M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 291-294. Y sobre la necesidad de este avance véase M. BELL, *Las familias, parejas e hijos y la Unión Europea*. Informe y recomendaciones de ILGA-Europe abril 2003. Publicado en: http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/2003_family_policy_spanish.pdf

1612/68 a la pareja estable. Interpretación que tampoco cabe ahora en la Directiva 2004/38/CE, respecto del art. 2, apartado segundo, a). Las uniones no matrimoniales tienen en la Directiva, a diferencia del referido Reglamento, su propio emplazamiento. En concreto, en el art. 2, apartado segundo, b) y art. 3.1, por lo que se refiere a las uniones registradas, y en el art. 3.2, en relación con las parejas de hecho.

2. Pese a no existir dicha equiparación, ello no implica automáticamente el rechazo a un reconocimiento de un derecho de residencia para estas parejas, si en el Estado miembro de acogida se reconoce a sus propios nacionales un derecho a residir con sus parejas estables. Para el Tribunal, la falta de reconocimiento de este derecho a las parejas de los nacionales de otros Estados miembros supone una vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad²⁹. Con la Directiva 2004/38/CE este condicionante para el otorgamiento de derechos de residencia desaparece y consigue consolidar dicho derecho de residencia para las uniones registradas del ciudadano de la Unión y que éste se facilite en el supuesto de las parejas de hecho.

La percepción es pues que la Directiva 2004/38/CE ha querido reconocer la evolución de los modelos familiares que, por lo general, aunque no de forma coincidente, se dan en los distintos Estados miembros³⁰. En consecuencia, más allá del modelo matrimonial, encontramos también otros modelos de relaciones estables afectivas análogas que, como núcleo familiar, igualmente acompañan a los ciudadanos de la Unión en sus movimientos transfronterizos y que por eso mismo precisan ocupar un lugar reconocido en el ejercicio de las libertades comunitarias³¹.

Sin embargo, esta apuesta no fue precisamente una cuestión pacífica en la negociación de la Directiva, fruto de las diferentes concepciones familiares de los Estados miembros respecto a su existencia, aceptación y tratamiento³². Muestra de ello fueron los cambios entre la originaria propuesta y el texto finalmente aprobado, pasando de la incorporación de las parejas estables sin ninguna distinción en cuanto a su estatuto registral asimiladas a la situación a la del matrimonio³³, a la consideración de miembro de la familia del ciudadano de la Unión beneficiario de la extensión del derecho de residencia exclusivamente a las uniones registradas, dejando en manos de la legislación nacional el tratamiento de las parejas de hecho que, a pesar de ello, tiene que proveer medidas para facilitar su entrada y residencia³⁴.

Esta cesión podría verse como un punto restrictivo de la Directiva 2004/38/CE. Si bien es cierto que no consigue el propósito inicial, que era la inclusión de las parejas estables sin distinción respecto a la categoría de registro, lo cierto es que consigue que llegue a aprobarse su introducción (art. 3.1) e incluso alcanza que las parejas estables, en las que pueden incluirse todas aquellas parejas que aunque estén inscritas no lleguen al estándar en el que está pensando el legislador europeo de unión registrada, puedan conseguir un derecho de residencia en el ámbito que la Directiva tiene reservado para la familia extensa en el que los Estados miembros, según su legislación nacional, tendrán que facilitar su entrada y residencia, tras una valoración efectuada caso por caso (art. 3.2). Pero más allá de las distinciones que supone el encontrarse en una categoría u otra, en función de si se trata de una pareja registrada o de he-

²⁹ Tal y como expresa Cortés Martín: “De este modo, si el país de residencia no dispone de una Ley que otorgue automáticamente la ventaja de la residencia a las parejas de hecho de los nacionales, no cabrá basar ningún derecho en esta disposición”. Véase en J. M. CORTÉS MARTÍN, “Inmigración y derecho a la reunificación familiar en la Unión Europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?”, *Anuario de Derecho europeo*, nº 4, 2004, p. 43.

³⁰ Sobre los distintos modelos véase el trabajo de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

³¹ Apuntaba la Comisión en la propuesta originaria de la Directiva a que estas uniones, normalmente con hijos, forman este tipo de parejas no matrimoniales. COM/2001/0257 final. Incluso en su Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE indica como elementos razonables para considerar que se trata de una unión de hecho duradera el caso de tener una hipoteca en común. COM (2009) 313 final.

³² Dificultades puestas de manifiesto por H. TONER, *Partnership Rights, Free Movement, and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 60-68.

³³ COM/2001/0257 final.

³⁴ Cuestión que muestra las evidencias de diferencia de trato entre ambas. F. CAMAS RODA, “Las parejas de hecho en el marco de la función pública, la legislación social y la de inmigración”, en E. ROCA TRÍAS (Dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 359-360.

cho, el problema es discernir a qué categoría de unión registrada se está dirigiendo el legislador europeo. En este sentido, la Directiva 2004/38/CE, en la definición que proporciona de unión registrada a efectos de la norma comunitaria, y a diferencia de lo que ocurre en el Reglamento (UE) 2016/1104, parece no contener criterios específicos que afecten al registro, sino que para las condiciones que hacen referencia propiamente a la existencia de la unión registrada se remite al Estado miembro del registro: “la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro”.

Ello podría llevarnos a deducir que será la ley del Estado miembro del registro la que sin lugar a dudas regirá para determinar las condiciones y características del registro. No obstante, aparecen dos elementos que distorsionan esta idea. Por un lado, el art. 2, apartado segundo, b) de la Directiva introduce el término “celebración” referido a la unión registrada. Con lo cual existe un elemento que, aunque tampoco se define, sí supone una cierta formalidad del acto y que puede llevar a la conclusión del carácter obligatorio del registro e incluso a su carácter constitutivo. Obligatoriedad que no se exige en todas las normativas autonómicas que en España contemplan el registro, y que nos excluiría totalmente si además nos inclináramos hacia la idea de que está refiriéndose a un tipo de registro cuya práctica nos lleve a considerar que debe disponer de un carácter civil y no administrativo. Y, por otro lado, permite que el Estado miembro de acogida imponga condiciones para el reconocimiento de las parejas registradas como miembros de la familia del ciudadano de la Unión. La delimitación de qué condiciones podrá exigir el Estado miembro de acogida presenta, como veremos, dificultades a la hora de acotar si éstas invaden o no a aquellas que afectan a la existencia propiamente de la unión registrada.

La Directiva también condiciona la obligatoriedad de la incorporación de estas parejas al trato equivalente que estas uniones reciban respecto a las uniones matrimoniales en el Estado miembro de acogida. A nuestro entender, la exigencia de la equivalencia permite mantener la identidad de ambas figuras y flexibilizar la interpretación subjetiva que puede dar el Estado miembro de acogida para justificar o no la existencia de un trato equivalente, en el que no se precisa que para que dicha pareja tenga reconocidos ciertos derechos se asimile previamente a la figura del matrimonio. Se trata más bien de reconocer la existencia de una relación afectiva cuya voluntad es la creación de un núcleo familiar y que como tal debe ser protegido³⁵. En este sentido, la figura de la unión registrada en España se encuentra en una situación comparable a la de los cónyuges en tanto que se trata de un núcleo familiar protegido al que se le reconocen derechos, obligaciones, y que también accede a determinadas prestaciones.

Como puede observarse, el cóctel de componentes que se aúnan en la definición europea de unión registrada como miembro de la familia del ciudadano de la Unión a efectos del instrumento comunitario para nosotros es un tanto explosivo. Desde la perspectiva española, es difícil dar una respuesta afirmativa a si se cumplen incondicionalmente con todos los elementos que comprenden la definición de unión registrada que requiere la Directiva 2004/38/CE para que los beneficios de dicha normativa sean aplicados a las parejas nacidas a la luz de una normativa autonómica que contemple un registro de parejas estables. Al respecto, hubiera sido de lo más atractivo conocer la posición del TJUE en el Asunto C-459/14³⁶ (la demanda de petición prejudicial desafortunadamente fue retirada), en el que se preguntaba, entre otras cuestiones que resultan de un gran interés desde el panorama español, sobre el contenido y las exigencias formales y materiales del registro de la pareja en la Directiva 2004/38/CE; si a efectos de la aplicabilidad de la Directiva debe considerarse que existe una unión registrada cuando se han inscrito en el registro de declaraciones de convivencia del Estado miembro; si el trato equivalente a los matrimonios debe comprender toda situación o consecuencia jurídica, y en el caso de que la equivalencia no sea completa, en qué aspectos deben resultar ser idénticos los dos estatutos. A futuro, la posición del TJUE si llega a plantearse otra cuestión prejudicial en términos similares, puede ayudar a vislumbrar la posición que deberemos tomar respecto a la validez de los registros efectuados en España a efectos de la Directiva. Por el momento, podemos mantener posiciones contrapuestas. Aquella que mantiene que

³⁵ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derechos de Familia y de sucesiones (Dimensión interna e internacional)*, Santiago de Compostela, imprenta Universitaria, 2009, p. 237.

³⁶ *DOUE C 7/12* de 12 de enero de 2015.

no deberían tener efecto alguno³⁷. Otra más laxa, que sólo reconocería efectos a la inscripción registral que según la legislación autonómica tuviera carácter obligatorio y/o constitutivo. Y una postura amplia, que dotaría de efectos plenos a los registros independientemente de dicho carácter por ser una figura que responde a un modelo familiar que precisa ser protegido, y que es la que impera en la normativa y práctica judicial española³⁸.

IV. La transposición de la Directiva 2004/38/CE y las problemáticas como Estado miembro de acogida y como Estado miembro del registro

4. De lo anterior puede deducirse que la transposición de la Directiva 2004/38/CE en España a través del RD 240/2007 presenta distintos problemas en función de si nos situamos en la posición de Estado de acogida o de Estado del registro. Ambas situaciones ofrecen, a su vez, dificultades en un sistema que, como en España, proporciona un trato igualitario a los familiares de los ciudadanos de la Unión, con independencia de que el ciudadano de la Unión posea o no la nacionalidad española, y que en el caso de que sea nacional haya o no ejercido su derecho de libre circulación en otro Estado miembro.

Como Estado de acogida, nos encontramos con la problemática de la inclusión o no preceptiva para España de las uniones registradas como beneficiarias del RD 240/2007. Tal y como venimos advirtiendo, la Directiva no las contempla como beneficiarias con carácter preceptivo, a no ser que legislación del Estado miembro de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio. De ello se deriva que solamente si se entiende que se da ese trato equivalente, deben introducirse con carácter obligatorio las uniones registradas como familiares beneficiarios de la extensión del derecho de residencia en régimen de libre circulación, pudiendo reservarse como una opción del Estado miembro de acogida en aquellos casos en que no exista a nivel interno esa categoría registral de uniones no matrimoniales con un trato comparable respecto a las uniones matrimoniales³⁹. En consecuencia, las parejas disfrutan con mayor seguridad de derechos de libre circulación y residencia de carácter familiar en los Estados miembros en los que el derecho interno reconoce a las uniones registradas como una institución jurídica propia, mientras que en aquellos que no las reconocen, éstos no se encuentran compelidos a permitir su residencia en régimen de libre circulación. Aunque para este último supuesto sí que existe, bajo la perspectiva de la legislación nacional de extranjería, una obligación de introducción de medidas que faciliten su entrada y residencia.

Es cierto que la realidad compleja que rodea a las parejas estables en España es un factor que hubiera podido justificar la no inclusión de las uniones registradas en la categoría de familiares beneficiarios en la transposición de la Directiva. No existe en España una ley estatal única que regule a las parejas no casadas, sean de hecho o registradas, y tampoco se configura la convivencia *more uxorio* como un estado civil que acceda al Registro civil español. La regulación de estos modos de convivencia está en la actualidad en manos de las CCAA, algunas de las cuales, como es el caso de Cataluña, tienen competencia en materia civil. Ello implica en la práctica que la regulación de las parejas es distinta entre las CCAA y no todas contemplan el registro o el carácter registral de la unión. El escenario es por tanto una dispar ordenación de tipología de parejas estables en la que además se suma una jurisprudencia constitucional que no aboga por un trato equivalente de ambas instituciones, matrimonio y pareja no casada, pero en la que sí existe una exigencia de protección constitucional de la familia⁴⁰. Y ello nos conduce a sopesar si la situación de equivalencia de trato, cuyos contornos no han sido expresamente delimitados con por la Directiva, encuentra cabida precisamente en este deber de protección a la familia.

³⁷ Tesis defendida por J. V. LORENZO JIMÉNEZ, “Familiares de ciudadanos de la Unión Europea y registros de parejas de hecho de Comunidades Autónomas y ayuntamientos”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 29, 2012, pp. 29-54.

³⁸ Existen diversos pronunciamientos judiciales favorables a esta interpretación de validez de los registros a efectos de la obtención de derechos de residencia. Véase D. MARÍN CONSARNAU, “Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 27, 2011, pp. 57-58.

³⁹ Nada obsta para que las medidas nacionales no puedan ser más favorables a las condiciones previstas en la Directiva. Véase art. 37 en relación con el considerando 29.

⁴⁰ R. ARENAS GARCÍA, “Problemas derivados de la reagrupación familiar”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo V, 2005, pp. 276-277 y 289-290.

Como Estado miembro del registro la cuestión se nos antoja también complicada. La condición de pareja estable en España presenta una situación un tanto incómoda que nuevamente complica la transposición de la Directiva 2004/38/CE, en un sistema como el español que propicia el trato igualitario respecto de los familiares de los ciudadanos de la Unión y de los nacionales españoles. Perspectiva de Estado miembro del registro que mantendrá cuando:

- a) la pareja registrada en España se traslade con el ánimo de residir a otro Estado miembro (a expensas de que dicho registro como tal sea reconocido en el Estado miembro de acogida),
- b) la pareja se haya registrado en España consecuencia del traslado de su residencia a España de un ciudadano de otro Estado miembro de la Unión, o
- c) se trate de una pareja registrada en España con un nacional español, cuando éste último tiene y siempre ha tenido su residencia en España

Todos estos supuestos afectan con sus particularidades a la validez de los registros efectuados en España, aunque el elemento del trato equivalente de la unión registrada respecto a la unión matrimonial llegue a cumplirse o aunque estemos ante una decisión de transposición más favorable. Es por ello que el difícil encaje de la definición de unión registrada a efectos de la Directiva lo encontramos especialmente en el supuesto c) que supone su aplicación a las situaciones internas, y es lo que en principio, no resulta deseable y pretende ser expulsado de la redacción originaria del RD 240/2007, en atención a si la equivalencia de trato la buscamos no entre ambas instituciones, pareja y matrimonio, sino en los efectos de la reagrupación familiar⁴¹.

Como hemos visto, la Directiva define como miembro de la familia a la pareja que haya celebrado una unión registrada. Celebración y registro se presentan pues como dos elementos en la conceptualización del tipo de pareja relevante para ser considerada como familiar de ciudadano de la Unión, pero que, a su vez, no se fijan con precisión en la Directiva. El término celebración puede llevarnos en un ejercicio para su interpretación al terreno de la obligatoriedad para su constitución y/o formalidad, así como también a las garantías de su publicidad respecto a terceros para conseguir los plenos efectos, lo cual incluiría el carácter civil de la unión y de su registro y excluiría a nuestras uniones registradas bajo el amparo de los registros municipales o autonómicos españoles. Pero también puede trasladarse al plano de la voluntad de las partes de comprometerse a través de un pacto privado, formalizado o no, a un proyecto de vida común en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que accede al registro, con independencia del carácter civil de éste, y según la normativa que reconoce a estas parejas como una institución propia del ámbito familiar. Registro que puede tener carácter obligatorio y/o constitutivo para su creación o voluntario en aras conseguir determinados efectos jurídicos, como por ejemplo ocurre con el acceso a prestaciones de la seguridad social en España, o simplemente para dar algún tipo de publicidad a su decisión de proyecto de vida en común deseado por los componentes de la pareja. El problema entonces es que el carácter registral de la unión es un elemento que no siempre va a darse en condiciones de igualdad y garantías en todo el territorio español. Y ello, por cuanto se ha dicho, no en todas las CCAA se contempla el registro de parejas y en aquellas que se sí se prevé en algunas presenta un carácter obligatorio y /o constitutivo y en otras no.

Y aunque se pretenda encorsetar la categoría de unión registrada que resulta beneficiaria de la Directiva en alguna de estas dos concepciones, la Directiva guarda un aparente silencio. Consigue así respetar la postura de reconocimiento de dichas instituciones que tengan los Estados miembros e introducir las en su ámbito de aplicación. Establece los elementos que deben darse en la categoría jurídica de unión registrada a efectos de la aplicación de la norma comunitaria, y deja en manos del Estado del registro aquellos de carácter subjetivo que afectan a su existencia y validez. Esto es en esencia lo que prudentemente entendemos que aparentemente pretende la Directiva, a falta, por el momento, de una interpretación del TJUE que de mayores pistas sobre las formalidades y condiciones materiales de dichos elementos, si es que pueden darse sin interferir en el derecho interno.

⁴¹ Idea que plantea sobre la búsqueda de la equivalencia del efecto solicitado que es la reagrupación y de las instituciones civiles. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 280.

En el marco de esta complicada fórmula que permite al legislador europeo no inmiscuirse en las legislaciones internas sobre estas uniones, España acogió la introducción de las uniones registradas, a la par que intentó frenar los efectos perjudiciales que dicha transposición pudiera suponer para las parejas estables creadas bajo el amparo de un registro de carácter municipal o autonómico español. En este sentido, la originaria versión del art. 2 b) RD 240/2007 estableció como límites para el reconocimiento de derechos de residencia a dichas parejas en España además de la acreditación de la no cancelación de la inscripción registral y que ninguno de los miembros de la pareja se encontrara casado, que la legislación del Estado miembro del registro no permitiera la existencia de registros simultáneos. Cuestión última que vetaba que los registros de pareja efectuados en España tuvieran efectos para la obtención de los beneficios del régimen de residencia en régimen de libre circulación. Así se indicó expresamente en la Instrucción DGI/SGRJ/03/2007⁴²: la no aplicación del RD 240/2007 en los supuestos en los que la pareja se hubiera registrado en España, precisamente por no cumplir con este requisito de falta de garantía para asegurar la no duplicidad de registros⁴³.

Esta posición permitió que la potencialidad de la problemática de la situación de las parejas estables registradas en España no generara efectos al declarar que nuestros registros no eran válidos. Sin embargo, generó dos impactos que dificultaron su mantenimiento de manera inquebrantable. Por un lado, se produjo un fenómeno de discriminación inversa indirecta⁴⁴, sumándose además que se daba el contrasentido de que a la pareja mixta entre un extranjero y un español que se registrara en España no se le reconocería su estatus de familiar a efectos de residencia en España, mientras que si dicha pareja se registraba como tal en otro Estado miembro sí sería reconocida a efectos de residencia en ese Estado miembro y en España. En consecuencia, solamente sería reconocido el derecho de residencia a la pareja extracomunitaria del nacional español cuando éste, en el ejercicio de su derecho a la libre circulación y residencia, se trasladara a otro Estado miembro en el que registrara su condición de pareja. Y, por otro lado, la garantía sobre la imposibilidad de registros simultáneos resultaba cuestionada en cuanto a la invasión del campo de los requisitos de constitución de la pareja y que resulta reservado a la ley del Estado miembro del registro. Cuestión controvertida incluso, como veremos, en el Tribunal Supremo, y que no ha tenido la oportunidad de ser aún clarificada por el TJUE. Delimitar qué se entiende por condiciones que afectan al propio registro y por condiciones de reconocimiento es una de las claves para afrontar la realidad actual. El Tribunal Supremo ha considerado que efectivamente se trata de cuestiones que afectan a las condiciones del registro⁴⁵, lo cual genera la ambigüedad del fenómeno problemática/oportunidad del mantenimiento/levantamiento de su censura e referencia la validez para los efectos de residencia en régimen libre circulación UE.

V. Los efectos al veto de los registros y a su levantamiento

5. A raíz de lo expuesto, la inclusión de las parejas registradas como miembros de la familia del ciudadano de la unión beneficiarios de la extensión del derecho de residencia ofrece una tensión dual y compleja desde la perspectiva española, tanto si se opta o no por vetar la validez de los registros de parejas en España, con sus correspondientes consecuencias internas y transfronterizas.

En este sentido resaltamos a continuación distintas cuestiones que atormentan a la decisión de dotar o no de validez a los registros españoles a efectos de generar derechos de residencia y la evolución de la problemática hasta llegar a los nuevos retos que plantea el Reglamento (UE) 2016/1104.

⁴² http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Instruccion_DGI_SGRJ_03_2007.

⁴³ Cuestión criticada por cuanto no corresponde a los particulares soportar la inactividad de los poderes públicos en cuanto a establecer mecanismos contra el fraude, como resultaría ser la coordinación de los registros. J. L. RODRÍGUEZ CANDELA, D. BOZA MARTÍNEZ, “Los españoles también son ciudadanos de la Unión otras consecuencias de la sentencia de la sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 26, 2011, p. 198.

⁴⁴ Situación analizada por S. IGLESIAS SÁNCHEZ, “Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión a las parejas registradas del concepto de miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 28, 2007, p. 933.

⁴⁵ FJ CUARTO.

1. Naturaleza y efectos de los registros

6. La primera de las cuestiones se centra en discutir la validez de dichos registros por su naturaleza y efectos. En cuanto a su naturaleza, son registros de carácter administrativo en los que si bien interviene una autoridad pública no son registros civiles y tampoco la condición de unión registrada en uno de estos registros accede al Registro Civil. En referencia a sus efectos, no todas las normativas autonómicas dotan a estos registros de carácter obligatorio y/o constitutivo. Cabe pues cuestionarse si la Directiva supone una exigencia al respecto o bien entender que es una cuestión que nuevamente queda en manos del Estado del registro. Ante el silencio de la Directiva, si optamos por una postura rígida, solamente el Registro Civil y/o los registros constitutivos originarían derechos de residencia. Pero si defendemos una postura amplia, la inscripción en unos de estos registros de la pareja, con independencia de su naturaleza civil o efectos, al elevar a la pareja estable a la categoría de unión registrada consigue el resultado deseado y que es la obtención de un derecho de residencia en España en régimen libre circulación UE.

Sin embargo, la cuestión se torna también compleja cuando miramos el otro lado del espejo. Es decir, cuando las parejas estables e inscritas en España se trasladan a otro Estado miembro a efectos de residencia. En el caso de que dicho Estado miembro no haya incluido a las parejas registradas como miembros de la familia reagrupables del ciudadano de la Unión no entraríamos en el dilema. Pero si las ha incorporado podemos movernos en dos escenarios diferentes, según acepten o no nuestro registro de pareja como una categoría de unión registrada susceptible de reagrupación.

En el caso de no aceptar nuestro registro por entender que no estamos ante un régimen de unión registrada pese a existir registro, y a falta de un pronunciamiento concreto del TJUE al respecto, se nos antoja que batallar por el reconocimiento de su condición como familiar de ciudadano de la Unión será una ardua tarea a expensas de la interpretación de las autoridades internas de dicho Estado miembro. Aunque eso sí, si la unión registrada ha sido incorporada como familiar beneficiario de los derechos de residencia en el Estado miembro de acogida no podrá alegarse la falta de una previa residencia legal en España para denegar el derecho de residencia al miembro de la pareja extracomunitario. La fórmula será atacar la falta de carácter de unión registral de dicha pareja a afectos de la Directiva. Este toque de atención se deriva de los criterios emanados en el asunto *Metock y otros*⁴⁶ en el que el TJCE indica que, matizando los criterios emanados en el asunto *Akrich*⁴⁷, no es conforme al Derecho de la Unión una normativa nacional que exija para reconocer un derecho de residencia que el cónyuge nacional de un tercer Estado de un ciudadano de la Unión haya residido legalmente y con carácter previo en otro Estado miembro. Ahora bien, no debe obviarse que, a diferencia del cónyuge, la Directiva permite a los Estados miembros de acogida establecer condiciones para su reconocimiento, condiciones que hemos advertido que no pueden afectar a elementos subjetivos relativos a la existencia o validez de la pareja, puesto que se trata de cuestiones que competen al Estado miembro del registro. Ello genera la duda de si en el caso de las uniones registradas como condición a su reconocimiento podría imponerse la residencia legal previa en el Estado miembro del registro de la pareja. Los criterios emanados de *Metock* se refieren exclusivamente al cónyuge, que en la Directiva se contempla como familiar beneficiario sin ninguna otra aparente limitación. No obstante, el Tribunal en su razonamiento llega a argumentar que en la definición de los miembros de la familia que prevé la Directiva con carácter general no se prevé que tenga cabida una distinción de este tipo⁴⁸.

Y si el Estado miembro de acogida acepta reconocer el registro de nuestras parejas nos encontraríamos con que solamente las parejas que se hubieran registrado tendrían acceso a derechos de

⁴⁶ STJCE 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, 127/08, *Rec. I-06241*. 2008.

⁴⁷ STJCE 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, 109/01, *Rec. I-09607*, 2003.

⁴⁸ Apartados 49 y 50. “(...) es necesario señalar que, por lo que se refiere a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, ninguna disposición de la Directiva 2004/38 supedita la aplicación de ésta al requisito de que hayan residido previamente en un Estado miembro. En efecto, a tenor de su artículo 3, apartado 1, la Directiva 2004/38 se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad o resida en él, así como a los miembros de su familia (tal como se definen en el artículo 2, punto 2) que le acompañen o se reúnan con él en ese Estado miembro. Pues bien, la definición de los miembros de la familia que figura en el artículo 2, punto 2, de la Directiva 2004/38 no establece distinción según ya hayan residido o no legalmente en otro Estado miembro”.

residencia en dicho Estado miembro. Ello implica que en la realidad española la falta de registro bien puede darse por una opción personal de la pareja, pero que también puede devenir potencialmente de la imposibilidad de acceder a éste cuando en el ámbito territorial en el que se ha creado la pareja no se contempla el registro. Planteándose dudas sobre si esta situación podría considerarse un potencial obstáculo a la libre circulación de las parejas estables creadas al amparo de algunas normativas autonómicas en España.

2. Condiciones para el reconocimiento

7. La segunda cuestión en la que queremos hacer hincapié es en las dificultades para discernir entre los límites a las condiciones que puede imponer el Estado miembro de acogida a su reconocimiento como familiares reagrupables del ciudadano de la Unión y las condiciones subjetivas que propiamente afectan a las cuestiones de la existencia de la unión registrada y que corresponden al Estado miembro del registro. Esto tiene su importancia en cuanto a la originaria exigencia del art. 2.b) RD 240/2007 que, recordemos, establecía como requisito para el reconocimiento la garantía de que en el Estado miembro de registro no pueda darse la simultaneidad de registros. Según si clasificamos la exigencia de registro único como un elemento que corresponde al ámbito subjetivo de la existencia y validez de la pareja, el requisito se aleja de la Directiva por cuanto sería una cuestión que compete al Estado del registro. Cuestión que trasladada a España en dicha posición implicaría la aplicación de la norma autonómica que lo regule, aunque nuevamente indicamos que no todas las CCAA lo prevén ni tampoco con los mismos efectos. Pero si, por el contrario, consideramos que se trata de una condición que puede imponerse para su reconocimiento a efectos de reagrupación familiar, podría mantenerse dicha exigencia y seguir vetándose la validez de estos registros a efectos de obtener la residencia en régimen de libre circulación.

Como puede verse, la ecuación tambalea entre los diferentes factores y según donde fijemos nuestras posiciones. Demasiada ambigüedad para una cuestión que debería ser afrontada por el legislador interno. Antes de los instrumentos europeos que se preocupan por dotar de derechos a las uniones registradas quizás no existía la necesidad de tomar parte urgente acerca de las parejas no casadas. No obstante, una vez que cambia el escenario europeo, en el que España participa en la negociación/aprobación de los instrumentos comunitarios, y es consciente de los cambios, tiene que abordar una reflexión interna sobre su realidad⁴⁹. Reflexión que llevaría a distintas posibilidades como la de una regulación única de carácter estatal sobre la unión registrada y su acceso al Registro Civil, o el acceso al Registro Civil de las uniones nacidas al amparo de las normativas autonómicas⁵⁰ (lo cual nos conduciría de nuevo a la polémica de si solamente en aquellos supuestos en los que la CCAA tiene competencia civil), o la creación de un registro de parejas estables de carácter estatal único y que pudiera estar coordinado con el resto de registros existentes (a debatir entonces si sólo tendrían acceso aquellas parejas registradas al amparo de una legislación autonómica que permita el registro y si solamente entrarían o no aquellas regulaciones previstas en CCAA con competencia civil), así como la necesidad de abordar y proporcionar una norma de conflicto de origen interno.

3. La exigencia de registro único

8. La solución que se pensó resultaría adecuada y que permitía el *statu quo* de la cuestión a nivel interno fue en un principio la exigencia de registro único prevista en la originaria versión del art. 2 b) RD 240/2007, que supuso que en las específicas Instrucciones de la DGI de 2007 se negara la validez de los registros en España como parapeto a los nuevos efectos que dichos registros podían tener a falta de una regulación única en España sobre estas parejas. El impacto de esta medida, como hemos advertido, resultó

⁴⁹ Advertido ya desde la primera propuesta de reglamento en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas por J. M. FONTANELLAS MORELL, “La ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho civil*, nº1, 2012, pp. 275-291.

⁵⁰ M. SOTO MOYA, “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios. (Análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)”, *Diario la Ley*, nº 7001, 2008, p. 12.

ser una discriminación inversa indirecta y una actividad judicial en sede de recurso con posturas favorables a la expedición de las tarjetas de residencia, cuyo remate final fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, en la que se anula dicha exigencia por resultar contraria a la Directiva. No se discute ante el TS la validez de los registros efectuados en España por su naturaleza o efectos ni tampoco si dicho registro eleva a la pareja estable registrada en España a la categoría de unión registrada definida por la Directiva 2004/38/CE. Es el requisito de registro único el que tambalea respecto a su compatibilidad con la Directiva.

La postura mayoritaria del TS interpreta que dicha exigencia se trata de un elemento que afecta al carácter subjetivo de la constitución de la pareja y que por tanto compete al Estado del registro, y es la injerencia en este elemento el factor determinante para que el Tribunal falle en este aspecto en favor del recurso por entender que la regulación española excede a lo dispuesto en la Directiva. Pero nuevamente la complejidad a la que estamos haciendo referencia se hace latente en el Tribunal Supremo, que pese a que falla en favor de la anulación de dicha referencia a la imposibilidad del registro, cuenta con un voto particular que a, *sensu contrario*, entiende que dicha exigencia se enmarca dentro de las prerrogativas que tiene el Estado miembro de acogida para reconocer a dichas uniones y por ende que le permiten combatir el fraude.

No obstante, el razonamiento mantenido por el TS va más allá de lo expresado y tiene mucho que ver con el mantenimiento de un sistema que proporciona un tratamiento igualitario respecto a los derechos de residencia de los familiares de los ciudadanos de la Unión que en el ejercicio de su derecho a la libre circulación y residencia trasladan su residencia a España y a los familiares de nacionales españoles, con independencia de que éstos últimos hayan ejercido o no su derecho a la libre circulación. Este régimen parece romperse por primera vez con la originaria versión del RD 240/2007, de 16 de febrero, en el que ya en su preámbulo anuncia que dicha norma no resulta aplicable a los familiares de ciudadanos de la Unión que no han ejercido la libre circulación y en su Disposición final tercera introduce una Disposición adicional vigésima en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, que contiene expresamente el régimen aplicable a los miembros de la familia de un ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Dicha disposición es anulada por el TS en atención a la anulación que también recibe la expresión "otro Estado miembro" prevista en el art. 2 RD 240/2007 y que supone la exclusión del RD a los familiares extracomunitarios de un nacional español. Para el TS ello implica un incumplimiento de la Directiva 2004/38/CE, al entender que no cubriría las situaciones en las que un español residente en otro Estado de la Unión Europea regrese a España, puesto que vería frustrada la aplicación del RD 240/2007, y por ende de la Directiva 2004/38/CE, pese a haber ejercido su derecho a la libre circulación y residencia.

En atención a que el regreso de un ciudadano español a su país de origen desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia no puede afectar al régimen europeo de residencia que la familia viene disfrutando en otro Estado miembro se anula la expresión “otro Estado miembro”, equiparando de nuevo a los familiares de españoles a los familiares de otros ciudadanos de la Unión⁵¹. Si realmente, tal y como se anuncia en el preámbulo del RD 240/2007, hubiera existido un régimen diferenciado para los ciudadanos españoles que no hubieran ejercido la libre circulación relegado al régimen general de extranjería, permitiendo entrar en el ámbito de aplicación del RD 240/2007 a los familiares del nacional español que sí hubiera ejercido dicho derecho y después de establecer su residencia en otro Estado miembro en el que consolida una relación familiar regresa, seguramente no hubiera existido el recelo manifestado por el TS, accediéndose a mantener una disposición específica en el Reglamento de la Ley de extranjería respecto a las situaciones en las que el ciudadano de la Unión no ha ejercido el derecho a la libre circulación y residencia. Cuestión diferente es que el régimen de discriminación inversa producido hubiera tenido que atacarse por otras vías alegando problemas de compatibilidad constitucionales⁵².

⁵¹ Pese a la anulación de dicha expresión del art. 2 y de Disposición, incompresiblemente el preámbulo del RD 240/2007 sigue manteniendo que el texto normativo no se aplica a los familiares de nacionales españoles que no hayan hecho ejercicio de su derecho a la libre circulación.

⁵² Se alberga la duda sobre si se vulnera la protección interna constitucional en este tipo de regulaciones que pueden llegar a producir discriminaciones entre los mismos nacionales. Véase E. SPAVENTA, *Free movement of persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, The Netherlands, Kluwer law International, 2007, p. 128 y pp. 113-134.

La cautela manifestada por el TS es fruto de la jurisprudencia comunitaria existente en las situaciones de retorno de los nacionales desde el Estado miembro de acogida a su país de origen en los asuntos *Singh*⁵³ y *Eind*⁵⁴, en el marco del ejercicio de una actividad por cuenta ajena⁵⁵. Posteriormente, el TJUE en el asunto *O. y B*⁵⁶, fuera del ámbito del ejercicio de una actividad económica, ha constatado que dicha situación de retorno no es contemplada en la Directiva 2004/38/CE, pero que ello no obsta para valorar si existe una vulneración del art. 21 TFUE en una situación en la que al familiar de un ciudadano de la Unión que ha establecido efectivamente su residencia en otro Estado miembro distinto al de su nacionalidad y en el que ha consolidado su situación familiar reciba un trato más estricto cuando dicho ciudadano de la Unión regrese a su país de origen⁵⁷. Entiende el Tribunal que las disposiciones de la Directiva se aplican por analogía cuando dicho ciudadano de la Unión regresa, con el miembro de su familia de que se trate, a su Estado miembro de origen⁵⁸.

Las consecuencias de la STS de 1 de junio de 2010 no se hicieron esperar. Decae el requisito del registro único y se aprueba la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010⁵⁹, que deroga las previsiones previstas en la Instrucción DGI/SGRJ/03/2007, y en las que ahora se especifica que los registros de pareja estables de carácter autonómico o municipal en España son válidos a efectos de la aplicación del régimen de extranjería comunitario.

Pero la validez de estos registros de parejas abre la caja de Pandora. La medida de contención del registro único desaparece y la nueva Instrucción de la DGI nos lleva, de nuevo, al terreno de la ambigüedad, al que se suman distintos impactos. Si bien se aboga por su validez a efectos de la aplicación del RD 240/2007, también añade una referencia al sistema civil en el que se enmarca la categoría de la pareja registrada. Esta consideración no aparece expresamente ni en el RD 240/2007 ni en la Directiva 2004/38/CE, aunque podría defenderse el argumento si catalogamos la celebración de la unión registrada que manifiesta la Directiva como un estado civil o como una figura que contempla el derecho civil. Mientras que la primera opción excluiría a los registros autonómicos y municipales en España, cuestión que no contempla la Instrucción, la segunda podría llegar a excluir a determinados registros distinguiendo si la CCAA en la que se ha efectuado el registro tiene o no competencia en materia civil. No obstante, nada aclara la Instrucción al respecto. Al contrario, menciona el sistema civil de registro y seguidamente avala ampliamente la validez de los registros efectuados en España, sin cuestionarse tampoco si dicha validez debe estar relacionada con las características del registro, en tanto a que engloba a los registros obligatorios y a los voluntarios.

4. Desigualdad y turismo registral

9. Si bien tras la STS de 1 de junio de 2010 se consigue, aunque no de forma directa, poner fin a la situación de discriminación inversa que suponía el veto a los registros de CCAA y ayuntamientos españoles, aparecen nuevos efectos en torno a la complejidad de la extensión del derecho a la libre circulación a las parejas registradas y que de nuevo nos llevan a un contexto de inseguridad jurídica: desigualdad según el territorio e inicio del fenómeno del turismo registral.

La desigualdad según el territorio se contempla en dos dimensiones. Una primera dimensión es a nivel estatal. Solamente las parejas que residen en CCAA que contemplan registros de parejas estables

⁵³ STJCE 7 de julio de 1992, *Singh*, 370/90, *Rec. I-04265*, 1992.

⁵⁴ STCJ 11 de diciembre de 2007, *Eind*, 291/2005, *Rec. I-10719*, 2007.

⁵⁵ En el marco de la libre circulación de personas como una libertad económica y no política.

⁵⁶ STJUE 12 de marzo de 2014, *O y B*, 456/2012, *EU: C: 2014:135*.

⁵⁷ Mientras que las dos primeras sentencias nos sitúan en el marco de la libre circulación como una libertad económica esta última nos sitúa en el marco de una libertad política. Distinción analizada por M. SOTO MOYA, “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *REDI*, vol. LX, nº1, 2008, pp. 163-177.

⁵⁸ Véase comentario de la sentencia de M. VINAIXA MIQUEL, “El derecho de residencia de los nacionales de terceros estados, familiares de ciudadano de la UE, en el territorio del Estado de origen (Comentario a la STJUE de 12 de marzo de 2014, As. C-456/2012, O y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y B)”, *La Ley Unión Europea*, nº 16, junio 2014.

⁵⁹ Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, sobre aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, relativa a la anulación de varios apartados del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

tienen opción a residir en régimen de libre circulación UE. La segunda dimensión es a nivel autonómico, en la que nos centraremos en la situación anómala que se produce en Cataluña.

El libro segundo del Código Civil de Cataluña no contempla como modo de constitución de la pareja estable la inscripción en el registro de la pareja. Las tres fórmulas no cumulativas que contempla el derecho civil catalán son la convivencia continuada de al menos dos años, tener descendencia común o manifestar la voluntad ante notario mediante escritura notarial⁶⁰. Por tanto, las parejas estables no pueden acceder al régimen de libre circulación UE. Pero la realidad en Cataluña ofrece un matiz que sí ha permitido y sigue permitiendo este acceso. Paralelamente al derecho civil catalán existen registros de parejas estables en municipios catalanes a los que las parejas pueden acceder e inscribirse con el ánimo de dar publicidad o cierta apariencia jurídica a aquellas parejas que sobre todo no se han formalizado mediante escritura notarial. Realidad que resulta pacífica hasta la STS de 1 de junio de 2010, a partir de la cual estos registros de carácter local empiezan a tener una nueva función para la que no fueron creados y que es que la Administración del Estado otorga derechos de residencia a las parejas que se registran en un registro municipal. Esta situación genera una fuerte crisis cuyas medidas van a generar aún mayor desigualdad y un nuevo efecto; el turismo registral⁶¹.

Fruto de los efectos de residencia que generan ahora los registros municipales algunos ayuntamientos en Cataluña proceden al cierre del registro de parejas estables. Dicho cierre se justifica por no ampararse en la normativa civil catalana la existencia de registros y por la falta de medidas para combatir el fraude. Y el panorama es tras la medida de cierre que las parejas pueden acceder al régimen de residencia libre circulación dependiendo del municipio en el que residen y dependiendo de si dispone o no registro. Situación que así se ha mantenido durante casi siete años, periodo prolongado, en el que las parejas pueden decidir trasladar su residencia a otro municipio para conseguir la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión⁶².

En el auge de la polémica de la decisión del cierre de registros, se planteó una pregunta con solicitud de respuesta escrita del entonces eurodiputado Raül Romeva a la Comisión en los siguientes términos⁶³:

“Considerando la Directiva 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La misma contempla como familiar reagrupable en su art. 2.2b) a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidos en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida.

El Real Decreto 240/07 traspone la directiva al derecho interno español, en su artículo 2 b) establece que para aplicar sus normas a la pareja de hecho, ésta deberá estar inscrita en un registro público. El registro puede estar establecido en un Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo, pero se impide la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí⁶⁴.

⁶⁰ Art. 234-1.

⁶¹ A este respecto, resulta interesante la lectura de la adopción en Comisión de la Propuesta sobre la creación de un registre único de parejas de hecho residentes en Cataluña (tram. 250-01134/10). Diario de sesiones del Parlamento de Cataluña. Serie C - Núm. 484, 25 de septiembre de 2014, pp. 18-23. Véase D. MARÍN CONSARNAU, “La convivència estable de parella i qüestions sobre la tarjeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 2, 2012, pp. 350-352.

⁶² Por ejemplo, Barcelona cierra los registros y Tarragona no. En consecuencia, las parejas que accedan al registro municipal de Tarragona podrán beneficiarse de la aplicación del RD 240/2007, mientras que las parejas no casadas que residan en BCN no podrán acceder a la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE. Véase el acuerdo de la Comisión de Gobierno del ayuntamiento de Barcelona, de 21 de diciembre de 2011, por el cual se decide la supresión del registro municipal de uniones civiles. *BOPB* de 22 de diciembre de 2011. Sobre su puesta en marcha, voluntad y funcionamiento C. VILLAGRASA ALCAIDE, “Los registros municipales de uniones civiles”, en J. M. MARTINELL, M. T. ARECES PIÑOL (Eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Servei de publicacions de la Universitat de Lleida, 1998, pp. 513-529.

⁶³ Pregunta efectuada el 06/06/2012 (E-005670/2012). DO C 174 E de 20/06/2013.

Puede consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2012-005670+0+DOC+XML+V0//ES&language=es>

⁶⁴ Este planteamiento resulta incorrecto puesto que la pregunta se realiza con posterioridad a la STS de 1 de julio de 2010 que elimina la exigencia del impedimento de la simultaneidad de registros.

En el estado español no existe una regulación estatal común de las Uniones de Hecho, depende de la legislación de cada Comunidad. Al no existir obligación de registro en algunas CCAA el Estado Español no está documentando a aquellas parejas a pesar de estar constituidas, hecho que podría considerarse un incumplimiento de la mencionada Directiva, perjudicando a estos ciudadanos y ciudadanas.

¿Considera la Comisión que España está incumpliendo la Directiva 2004/38 CE?

¿Prevé la Comisión recomendar la creación de un Registro Estatal de parejas de hechos?

¿Qué mecanismos de reconocimiento de las actuales parejas de hecho no registradas en aquellas CCAA propone la Comisión?”

La respuesta de la Comisión fue la siguiente⁶⁵:

“En el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/38/CE se obliga a los Estados miembros a conceder a las uniones registradas de los ciudadanos de la Unión los mismos derechos concedidos a los matrimonios, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a la unión registrada un trato equivalente al matrimonio. La Comisión entiende que la normativa del Reino de España no otorga un trato equivalente a las uniones registradas y al matrimonio. Por consiguiente, el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva no impone ninguna obligación a España.

Los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que no entren en el ámbito de aplicación personal del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE, pueden tener derecho a que se les facilite la entrada y la residencia si entran dentro del ámbito de aplicación personal del artículo 3, apartado 2, de la Directiva. Esta disposición incluye a las parejas con las que los ciudadanos de la Unión mantienen una relación estable, independientemente de si están o no registradas.

El Reino de España incorporó la Directiva 2004/38/CE de forma más favorable, ya que incorporó el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/38/CE, a través del artículo 2, letra b), del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero de 2007, a pesar de que la legislación nacional española no otorga un trato equivalente a las uniones registradas y a los matrimonios. Cuando una pareja registrada de un ciudadano de la UE no cumpla las condiciones establecidas en el artículo 2, letra b), del Real Decreto 240/2007, esta deberá ser tratada como un miembro de una familia ampliada, en virtud del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE, que se incorporó al Derecho español”

Para la Comisión, España no incumple la Directiva 2004/38/CE. Entiende que no resultaba obligatoria su introducción debido a la falta de existencia en España de un trato equivalente de dichas uniones respecto al matrimonio, posicionándose así en el plano más rígido de la equivalencia al buscar la igualdad de derechos. Considera que España ha transpuesto la Directiva de una forma más beneficiosa, al incorporar las parejas estables como familiares de ciudadanos de la Unión y dirige la solución a la problemática de las parejas registradas en España que no cumplan con las exigencias previstas en el art. 2, letra b) de la Directiva a la que la propia norma comunitaria ofrece para la familia extensa y que incluye a las parejas estables conforme al art. 3.2 de la propia Directiva. No entra pues la Comisión en la problemática interna ni tampoco se inmiscuye en las condiciones que imponemos como Estado miembro de acogida⁶⁶.

5. Nuevos retos: El Reglamento (UE) 2016/1104

10. Sin embargo, esta respuesta no zanja la problemática a la que nos estamos enfrentando y a la que no se ha puesto solución por parte del legislador estatal hasta el momento y a la que finalmente sí se ha pretendido dar respuesta, al menos aparentemente y como veremos, en Cataluña. Y es que consideramos que no puede relegarse la situación de las parejas registradas a una cuestión meramente interna en la que la UE no tenga nada que decir. Como hemos indicado, un ciudadano español podría ver

⁶⁵ Respuesta de la Sra. Reding en nombre de la Comisión el 25/07/2012. (E-005670/2012). DO C 174 E de 20/06/2013. Consultar en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-005670&language=ES>.

⁶⁶ En referencia a antiguas preguntas realizadas a la Comisión sobre los problemas que tempranamente plantea la libre circulación de las uniones extramatrimoniales y el reconocimiento de derechos de residencia de un estado miembro a otro R. GARCÍA GARCÍA, “Las parejas de hecho ante el Derecho comunitario”, en J. M. MARTINELL, M. T. ARECES PIÑOL (Eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Servei de publicacions de la Universitat de Lleida, 1998, pp. 257-272.

afectado potencialmente su derecho a libre circular y residir en otro Estado miembro que sí contemple como miembros de la familia a las uniones registradas, en función de si en España ha podido acceder o no a un registro de parejas estables que se reconozca en otro Estado miembro. Y tampoco la problemática se cierra aquí. Se añade ahora la aprobación de un nuevo instrumento comunitario que también otorga efectos a la pareja registrada y que es el Reglamento (UE) 2016/1104. La cuestión que se plantea es si a las parejas registradas en España podrá o no aplicárseles dicho Reglamento cuando trasladen su residencia a otro Estado miembro o cuando residan en España y presenten un elemento de internacionalidad. Nuevamente nuestra realidad complica el panorama y llegamos tarde. Veamos si en el plazo de la *vacatio* para aplicar el Reglamento nos adelantamos.

Si aceptamos que determinados registros en España tienen los efectos que prevé el Reglamento para su aplicación, puede resultar que solamente ciertas parejas registradas, aquellas en las que según el art. 3.1 el registro sea de carácter obligatorio, se beneficiarán de su aplicación manteniendo al margen a otras parejas registradas o sin registro que continuarán en el debate existente, a falta de una norma de conflicto española que determine la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales. Y es que la definición proporcionada por el Reglamento de unión registrada no clarifica si el Reglamento puede aplicarse con carácter indubitable a las uniones registradas en España⁶⁷. Esta reflexión además se ampara en la Comunicación de la Comisión referente a la disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales. España no aparece como uno de los Estados miembros que recoge la institución de la pareja registrada a efectos del futuro reglamento que regule sus relaciones patrimoniales⁶⁸, y ello cuanto menos resulta sintomático. Lo cual vuelve a situarnos en el desvelo sobre si esta situación no nos lleva a potenciales frenos y obstáculos a la libre circulación al no proporcionarse a las parejas estables registradas en España una seguridad jurídica adecuada. A la vez que nos lleva a la preocupación de qué sentido tiene concederles a nuestras parejas registradas derechos de residencia en régimen libre circulación UE y luego apartarlas de las soluciones previstas para sus efectos patrimoniales proporcionados por el Reglamento (UE) 2016/1104, al resultar vetada su aplicabilidad.

VI. La creación de un Registro de parejas estables en Cataluña

11. La problemática del cierre/mantenimiento de los registros de parejas municipales en Cataluña, en atención a los efectos que la inscripción supone respecto a la obtención de derechos de residencia, acaba afectando al ámbito del derecho público sobre el derecho a percibir la pensión de viudedad del miembro de la pareja supérstite. Aunque no existe una regulación única estatal sobre el concepto de pareja de hecho y tampoco ésta se define en el Código Civil, en el ámbito de la Ley General de la Seguridad Social sí se contiene una definición de la pareja de hecho que se entiende que es: “la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona”⁶⁹.

El problema para la obtención del derecho al cobro de dicha pensión deriva en las formas de acreditación de las parejas de hecho y que genera una cuestión de inconstitucionalidad en referencia al apartado quinto del art. 174.3 del derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el que se preveía que: “en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”. La STC de 11 de marzo de 2014⁷⁰

⁶⁷ Agradecer las orientaciones que en este sentido me ha proporcionado el profesor Andrés RODRÍGUEZ BENOT en referencia a la tensión que suscitó esta cuestión en el seno de las reuniones habidas en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE.

⁶⁸ Página 5 de dicha Comunicación.

⁶⁹ Definición proporcionada sin alteraciones por el Art. 174.3 del derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y por el art. 221.2 del vigente Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE 261 de 31 de octubre de 2015.

⁷⁰ STC 11 de marzo de 2014 (RTC 2014\40). La sentencia cuenta con un voto particular a *sensu contrario* en la que tajantemente afirma que “Hemos creado un problema absurdo, partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada”.

declara inconstitucional y nulo dicho precepto en atención a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), en relación con los arts. 41⁷¹ y 149.1.17⁷², y que tiene como consecuencia una desigualdad que cataloga de inaceptable y generada por la diferente regulación en las Comunidades Autónomas⁷³.

Trasladado este argumento a la situación del acceso de los beneficios de derecho de residencia que reciben los miembros de la pareja extracomunitarios de ciudadanos españoles, y teniendo en cuenta los arts. 149.1.2 y 149.1.8 CE, en atención a la competencia exclusiva del Estado en los ámbitos de la inmigración y la extranjería y en la ordenación de los registros, llevaría a sostener que la inscripción en el registro municipal o autonómico español no debiera producir dichos efectos⁷⁴. Sin embargo, sí que los han tenido y lo siguen teniendo, consecuencia de la STS de 1 de junio de 2010 y de la falta de pericia en la elaboración de un régimen de residencia diferenciado para los familiares de españoles que no han ejercido la libre circulación y residencia, anunciado en el preámbulo del RD 240/2007, pero sin ser oportunamente distinguido de los supuestos en los que sí ha existido dicho ejercicio y existe un retorno del ciudadano español hacia España. Cuestión que no consiguió el RD 240/2007 con su desafortunada Disposición final tercera que contaminó la Disposición adicional vigésima del RD 2393/2004. Y es que, como hemos visto, el mantenimiento de dicho régimen vulneraba el Derecho comunitario al recibir el familiar de español en ese supuesto concreto de regreso un trato menos favorable del que puede disfrutar el familiar de cualquier otro ciudadano de la Unión que traslade su residencia a España. Por tanto, la desigualdad que actualmente se genera se sostiene precisamente para no desobedecer al Derecho de la Unión. Pero en atención a la competencia exclusiva que tiene el Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE) debería tomarse cartas en el asunto para proporcionar soluciones. Solución que no pasa en la actualidad por dejar de reconocer esos derechos de residencia, sino en proporcionar mecanismos para que las uniones, si lo desean y no son fraudulentas, puedan acceder a un registro único o civil que las coloque en el plano de los instrumentos comunitarios que otorgan efectos a estas parejas.

Retomando de nuevo la necesidad de creación de un registro de parejas estables en Cataluña, la inconstitucionalidad del derogado párrafo quinto del art. 174.3 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y el nuevo redactado del art. 221.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, supone que en la acreditación de la pareja de hecho para ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere la inscripción de la pareja, en un registro autonómico o municipal o su formalización mediante documento público, y que deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante⁷⁵. La nueva regulación provoca una disfunción con la normativa y la realidad catalana: cierre de registros fruto de los nuevos derechos de residencia que genera el registro, con lo cual no todas las parejas tienen acceso al registro, y la única de solución es acudir al notario para su formalización mediante escritura pública, aun cuando no es el único modo de constitución de pareja estable en Cataluña. En consecuencia, la necesidad de la creación de un registro y su entrada en la agenda política se produce en un momento en el que las tensiones sobre los efectos jurídicos del registro de estas parejas hacen insostenible continuar sin la previsión de un registro al que puedan acceder las parejas estables.

La Resolución del Parlamento de Cataluña 786/X, de 25 de septiembre de 2014, aprueba la propuesta para la creación de un registro de parejas estables de carácter único en Cataluña. Dicha Resolución insta a:

⁷¹ “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

⁷² Competencia exclusiva del Estado en: “Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”.

⁷³ STC 11 de marzo de 2014 *RTC 2014\40*. Sobre esta cuestión véase A. GINÉS I FABRELLAS, “El registre de parelles estables i el dret a percebre la pensió de viudetat”, *Dinovenes Jornades de Dret català a Tossa*, 22 y 23 de septiembre de 2016.

⁷⁴ J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 48- 52.

⁷⁵ “La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

“a) Constituir, antes de nueve meses, un registro único de parejas de hecho, en que se puedan inscribir todas las parejas de personas residentes en Cataluña que lo deseen y que acrediten el cumplimiento de las condiciones requeridas por los artículos 234-1 a 234-14 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y también la disolución de la pareja estable, sea cual sea el municipio donde vivan.

b) Garantizar que el Departamento de Justicia, a la hora de establecer y regular el registro a que se refiere la letra a), lo haga previo acuerdo de las asociaciones de entes locales y, en su caso, con la Administración de justicia, a fin de que se puedan colocar delegaciones o ventanillas de acceso a la inscripción de la constitución o disolución de las parejas de hecho en la mayor parte de municipios de Cataluña, con la máxima homologación y simplificación de criterios aplicables y de los requisitos que haya que acreditar”.

Con un leve retraso y para dar cumplimiento a dicha Resolución parlamentaria el Gobierno catalán aprobó el Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre, relativo a la creación del Registro de parejas estables, modificándose la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña. La idea es ir en la línea de otras CCAA que contemplan también un registro en el que se inscriben las parejas estables.

A diferencia de la cautela manifestada por el legislador catalán en la primera ley de parejas estables⁷⁶, cuya Disposición final segunda establecía que si la legislación del Estado llegaba a prever la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas en ella, los efectos que la ley otorgaba se entenderían referidos a las parejas que en él se inscribieran, parece carecer ahora de sentido esta prudencia en una situación caótica y de una falta de seguridad jurídica inaceptable. Las parejas estables siguen sin acceder al Registro Civil. Tampoco ha dado ese salto la nueva Ley del Registro Civil, la Ley 20/2011, de 21 de julio⁷⁷. Y la realidad de otras CCAA con competencia civil muestra la existencia de registros de parejas estables, como resulta ser el caso del País vasco, sin que, por el momento, ninguna de estas normas haya sido recurrida, aun teniendo la inscripción en el registro un carácter constitutivo. Teniendo en cuenta además que existe un marco legislativo que propicia ciertos efectos para estas parejas que se registran, como es el caso de la normativa de la Seguridad social que exige para el acceso al cobro de la pensión de viudedad que se acredite que la pareja se encuentre inscrita en un registro autonómico o municipal. Según la STC de 29 de julio de 1983⁷⁸, los registros a los que alude el art. art. 149.1.8 CE son aquellos que se refieren a materias de derecho privado y no a otros registros que, aunque tengan repercusiones en ese campo del Derecho, tiene por objeto materias ajenas⁷⁹. De ello se deduce que la normativa autonómica podría crear registros administrativos y con efectos administrativos⁸⁰, entre los cuales se encuentran el reconocimiento de derechos de residencia y del cobro de la pensión de viudedad del miembro de la pareja supérstite. Pero el problema competencial con el que nos encontramos ahora es qué ocurre con los efectos jurídicos civiles que pueda tener dicho registro en atención al ámbito del conflicto de leyes. Y es que la determinación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de dicha pareja sí propicia dichos efectos civiles. Nuevamente, llegamos, ahora por la vía competencial, a la problemática de no poder aplicar de una forma relajada la totalidad del corpus normativo europeo que dota de efectos a las parejas registradas. Y nuevamente indicamos que se precisa que la aplicación de ambos instrumentos prospere, en aras a dotar de máxima jurídica a estas parejas que crean un núcleo familiar que debe ser protegido.

El Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre, por el cual se crea el Registro de parejas estables en Cataluña, se estructura en dos artículos y una disposición final. Los art. 1º y 2º incorporan nuevas disposiciones al libro segundo del Código Civil de Cataluña: una Disposición adicional décima que establece la creación del registro de parejas estables a efectos de publicidad y en la que se indica que en él se

⁷⁶ Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998 y BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998.

⁷⁷ BOE núm. 175, 22 de julio de 2011. Ley que supuestamente entrará en vigor el 30 de junio de 2017, conforme a la Disposición final décima, en su redacción dada por el apartado diez del artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015, anteriormente modificada por la anteriormente modificada por el apartado doce de la disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁷⁸ STC 1/1983 de 29 de julio. BOE 197 de 18 de agosto de 1983.

⁷⁹ FJ 2.

⁸⁰ J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 46-48.

inscribirán las escrituras públicas notariales de constitución de las parejas estables (art. 234-1 c), las actas de notoriedad relativas a los supuestos de convivencia ininterrumpida de más de dos años (art. 234-1 a) y la convivencia con descendencia común (art. 234-1 b). Mediante su Disposición final añade una Disposición final sexta que ordena un mandato de desarrollo reglamentario en cuanto a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de parejas estables. Y habilita al consejero o consejera competente para emitir la orden a fin de que se cumpla con el desarrollo reglamentario que prevé que debe aprobarse dentro del plazo de cuatro meses desde la convalidación del Decreto-ley por parte del Parlamento de Cataluña⁸¹. Sin embargo, el esperado desarrollo reglamentario ha tardado en llegar, incumpléndose de manera prolongada el plazo previsto, y con la ORDRE JUS/44/2017, de 28 de marzo⁸², se aprueba finalmente el Reglamento del Registro de parejas estables.

Con la creación del Registro de parejas estables el Derecho civil catalán incorpora pues el registro de parejas, incorporándose un registro que no había considerado necesario hasta este momento y que aparece como inevitable debido a los efectos jurídicos que el registro proporciona ahora para las parejas estables, a los que ha contribuido el cambio de paradigma europeo para las parejas que alcanzan el estatus de categoría registral. Pero atención: se crea el registro aunque sin renunciar a los que vienen siendo los tres modos de constitución como convivencia de pareja estable en Cataluña. Se trata pues de un registro administrativo⁸³, que no tiene ni carácter obligatorio ni constitutivo y al que se accederá con carácter voluntario si se cumplen con los requisitos previstos en el libro segundo del Código Civil de Cataluña⁸⁴. La idea es pues que este registro sea un medio útil y adecuado para acreditar la existencia de la pareja estable. Con lo cual, exactamente no se trata de unión a la que el derecho civil catalogue propiamente de unión registrada. Sigue tratándose de una pareja estable pero que accede a un registro voluntariamente, tal y como venía sucediendo con los registros de pareja municipales. La cuestión es si ese acceso al registro se convierte también para el Estado miembro de acogida, distinto del Estado español, en la elevación de la pareja estable a una categoría registral a efectos de la normativa comunitaria.

Y en este sentido, aunque en un principio pueda aplaudirse su creación, especialmente por la seguridad jurídica que ofrece al acceso a prestaciones de carácter público como es el cobro de la pensión de viudedad, ello no significa que esta cesión sea suficiente ni cumpla con la voluntad amplia manifestada en el preámbulo del Decreto-ley 3/2015 de que resulte aplicable el Derecho de la UE a las parejas nacidas al amparo de la normativa civil catalana. Es difícil afirmar categóricamente que la creación de un registro voluntario como cauce para dar publicidad a las parejas pueda llevarlas, a efectos de la aplicación en bloque de la normativa europea, la Directiva 2004/38/CE y el Reglamento (UE) 2016/1104, a la categoría de unión registrada bajo los parámetros previstos en los instrumentos comunitarios.

Y es que debemos ser conscientes del contexto. A pesar de la problemática analizada, la creación de un registro 17 años después de la primera norma que reguló en Cataluña las parejas estables se debe principalmente a la dotación de seguridad jurídica a las parejas no casadas en cuanto a los efectos del cobro de la pensión de viudedad. Y los efectos colaterales son la aplicación del Derecho de la Unión, consiguiéndose poner en agenda el tema principal que nos ocupa; la necesidad del legislador interno de adaptarse a los modelos familiares a los que el legislador de la UE está dotando de ciertos efectos como son la extensión del derecho a la libre circulación y residencia y la eliminación de obstáculos a su libre circulación mediante la aplicación de normas de Derecho internacional privado de fuente institucional para la determinación de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en el ámbito de sus relaciones patrimoniales. Una muestra de la falta de protagonismo del Derecho europeo en la opción de creación del registro de parejas estables es, por un lado, que el registro creado no aboga por un cambio en la legislación civil catalana para asegurar los efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, y por otro lado, que no ha contemplado en el desarrollo reglamentario, a diferencia del preámbulo del Decreto-ley 3/2015, una referencia expresa al deseo de la aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea a las parejas creadas bajo el amparo del Derecho catalán, limitándose solamente a las referencias de la necesidad de creación del registro para garantizar a estas parejas el acceso a la prestación de viudedad.

⁸¹ Validado por el pleno del Parlamento el 19/11/2015.

⁸² *DOG*C de 31 de marzo de 2017.

⁸³ Art. 2 ORDRE JUS/44/2017.

⁸⁴ Art. 4.1 ORDRE JUS/44/2017.

1. Derechos de residencia

12. Como se ha visto, en principio, parece que la creación del registro de parejas estables puede contribuir a poner fin a la inseguridad jurídica provocada por el cierre parcial de registros municipales de parejas y sus consecuencias sobre el acceso a los miembros extracomunitarios al régimen de residencia en libre circulación. No obstante, el cierre de dichos registros por las causas expuestas no es lo que ha preocupado especialmente en la “urgencia” de la creación de un registro de parejas de carácter autonómico, sino las dificultades para el acceso al cobro de las pensiones de viudedad de estas parejas cuando no se encuentren inscritas en un registro municipal de parejas estables y no se hayan formalizado como tal mediante escritura pública notarial.

El registro autonómico aparece pues como una salida para aquellas parejas que se consideren estables bajo el prisma del Derecho civil catalán y que no tengan acceso al registro por residir en un municipio donde no existe dicho registro. Salida que, a su vez, favorece de forma indirecta a la aplicación de los beneficios del RD 240/2007 a dichas parejas y que les permitirá la obtención de derechos de residencia. Y es que aunque no se esté de acuerdo con este efecto⁸⁵, esto es lo que ocurre en la praxis en los casos de las parejas mixtas que han acudido a los registros municipales de parejas en Cataluña que aún no han cerrado el registro y en el resto de CCAA que sí tienen previstos estos registros de parejas. A falta de un pronunciamiento a *sensu contrario* del TJUE que permita cuestionar dicha práctica que lo que hace es elevar a la categoría de unión registrada a aquella pareja estable que se inscribe, aunque no se trate propiamente de una unión registrada en el sentido que para que se considere su condición como pareja precise la inscripción en un registro, sigue previéndose que esta será la realidad que acompañará a las parejas creadas al amparo de un registro municipal o autonómico en España.

La solución de la creación del registro en Cataluña llega paralelamente con una modificación del RD 240/2007 efectuada mediante el RD 987/2015, de 30 de octubre. La reforma se concentra en introducir un nuevo art. 2 bis en el RD 240/2007, y que de un modo más favorable a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE, incluye como novedad que pueda valorarse la expedición de las tarjetas de residencia en régimen de libre circulación a los supuestos de familia extensa, en la que se encuentran las parejas de hecho. Vayamos por partes.

En primer lugar, la introducción del nuevo art. 2 bis supone un régimen más beneficioso que el previsto en el art. 3.2 Directiva 2004/38/CE y en la antigua regulación que en España se preveía para la familia extensa y que quedaba relegada a los supuestos de residencia por circunstancias excepcionales⁸⁶, controvertidamente contenida en la Disposición adicional vigésimo tercera del RD 557/2011, de 20 de abril⁸⁷, actualmente vacía de contenido. Y ello en tanto que la Directiva prevé que para la familia extensa se facilitará la entrada y la residencia de estos familiares según la legislación interna del Estado de acogida. Cuestión que perfectamente hacía encajar el régimen general de extranjería como cauce para la obtención de la residencia de las parejas de hecho. Lo que resultaba criticable era su ubicación: las autorizaciones por circunstancias excepcionales están dispuestas en los arts. 123-130 RD 557/2011, dificultando en la práctica la aplicación de este tipo de autorización para las parejas de hecho al estar incluida en una disposición de este tipo⁸⁸. Si bien se pretende diferenciar el régimen de los familiares de los ciudadanos españoles de otras figuras previstas para las circunstancias excepcionales en el marco del articulado del RD 557/2011, no es menos cierto que el art. 124.3 de la referida norma contiene una regulación específica reservada al arraigo familiar y que afecta exclusivamente al caso de los progenitores extranjeros de menores españoles⁸⁹. El cambio con el nuevo art. 2 bis RD 240/2007 es pues bastante

⁸⁵ Ampliamente argumentado desde distintas perspectivas por J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 29-54.

⁸⁶ M. N. ARRESE IRIONDO, *op. cit.*, pp. 91-96.

⁸⁷ BOE núm. 103, de 30/04/2011. Puede consultarse la versión consolidada en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>.

⁸⁸ I. MATA I BURGAROLAS, “Autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales: cuestiones prácticas”, Curso de formación continuada Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, 31 de enero de 2008.

⁸⁹ Sobre esta figura véase M. GIMÉNEZ BACHMAN, “La residencia por circunstancias excepcionales en España”, en C. PARRA RODRÍGUEZ, M. GIMÉNEZ BACHMAN (Dir.), *Nacionalidad y extranjería*, Barcelona, Huygens, 2016, pp. 272-274; D. MARÍN CONSARNAU, “Luces y sombras del arraigo familiar como solución a la situación de los progenitores extranjeros de menores españoles”, en A. SOLANES CORELLA, E. LA SPINA (Eds.), *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos. Un cruce de perspec-*

significativo. Ya no se valorará por parte de la administración la expedición de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, sino la de una tarjeta como familiar de ciudadano de la Unión.

En segundo lugar, cabe tener en cuenta las diferencias entre el art. 2 y el art. 2 bis del RD 240/2007. Mientras que la vía del artículo 2 reconoce un derecho de residencia para la pareja sin más prueba que el certificado del registro, y en su caso, en la práctica, mediante una entrevista a la que se someten los interesados en la comisaría de policía para demostrar que existe una verdadera convivencia y que por lo tanto no se trata de un fraude de ley⁹⁰, el art. 2 bis) no prevé un derecho de tal calado directamente reconocido a la pareja de hecho. La administración competente para resolver valora en función de determinadas circunstancias que se tienen que acreditar sobre la existencia de una relación estable con un ciudadano de la Unión. Circunstancias que se traducen en la acreditación de un vínculo duradero que se cuantifica acreditando un tiempo de convivencia de tipo marital de al menos un año continuado, excepto en el caso de descendencia común en el que solamente habrá que acreditarse la filiación y que existe una convivencia estable y sin ningún requisito temporal⁹¹. No se descarta, sin embargo, que la acreditación de la convivencia no vaya a configurarse con un control igual o similar al previsto para las parejas registradas⁹².

En tercer lugar, debemos mostrar una fotografía del escenario tras la creación del registro catalán de parejas estables. Si consideramos que dicho registro se adecua a las exigencias del RD 240/2007, lo que es factible puesto que así se está aplicando en la práctica, las parejas inscritas en el registro creado serán beneficiarias del régimen de en libre circulación para su residencia por la vía del art. 2 b) RD 240/2007. En consecuencia, solamente las parejas estables que no se registren podrán llegar a obtener la residencia en este régimen vía art. 2 bis RD 240/2007 cuando acrediten los extremos que se exigen al respecto y así lo valore la administración. Sin embargo, existe un caso en el que aunque la pareja se haya registrado no podrá acceder a ser beneficiaria del derecho de residencia conforme al art. 2.b), y que es el supuesto en el que uno de los miembros de la pareja se encuentre casado.

El Derecho civil catalán contempla que una de las causas de disolución de la pareja estable es el matrimonio de cualquiera de los convivientes⁹³. Pero también permite el reconocimiento de la pareja estable aunque uno de los miembros de la pareja se encuentre casado previamente si existe una separación de hecho⁹⁴. Con lo cual, no resulta incompatible, a efectos del derecho catalán reconocer que existe una pareja estable a pesar de que uno de los miembros de la pareja se encuentre casado, siempre y cuando exista como mínimo una separación de hecho del matrimonio. Ahora bien, aunque se inscriba en el registro de parejas estables, esta pareja no podrá vehicular su derecho de residencia por el cauce del art. 2 b) RD 240/2007, que establece la incompatibilidad a efectos de residencia la situación de matrimonio y unión registrada. Esta cuestión genera a su vez la duda de si dado el caso estas parejas podrían acceder a la residencia por la vía del art. 2 bis) o si por el contrario, aunque que el art. 2 bis no lo manifieste expresamente, es un requisito del que la administración puede servirse para denegar y motivar las solicitudes de residencia presentadas por este cauce.

Si bien este es el escenario sobre la concesión de derechos de residencia en régimen de libre circulación, durante el trámite para la aprobación del reglamento del Registro de parejas estables pareció que se introducirían nuevas dificultades. La segunda versión de la propuesta de orden para el desarrollo reglamentario, omite cualquier referencia a la Directiva 2004/38/CE y al RD 240/2007, y se centra en

tivas entre la Unión Europea y España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 397-422 y P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *op. cit.*, pp. 6-8.

⁹⁰ Práctica, por ejemplo, que sí se da en Tarragona para las parejas que se han registrado en un municipio cuyo registro de pareja no se haya cerrado.

⁹¹ La regulación efectuada es acorde con las orientaciones dadas por la Comisión en su Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa a los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, de 2 de julio de 2009. COM (2009) 313 final, p.4.

⁹² P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 240.

⁹³ Art. 234-4.1.c).

⁹⁴ Art. 234-2.c): Requisitos personales. No pueden constituir una pareja estable las siguientes personas: a) Los menores de edad no emancipados b) Las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado c) Las personas casadas y no separadas de hecho d) Las personas que convivan en pareja con una tercera persona. E. GONZÁLEZ BOU, “La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión”, en R. BARRADA; M. GARRIDO, S. NASARRE, *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 574-575.

la justificación de su creación debido a los efectos del Texto refundido de la Ley de la seguridad social para asegurar el cobro de la pensión de viudedad del miembro de la pareja estable que cumpla unos determinados requisitos e insiste en que la creación del registro no implica una modificación sustantiva del derecho civil catalán y los modos de constitución de la pareja estable. Esta constatación nos hace dudar sobre la verdadera intención de que el registro sirva también para la aplicación del RD 240/2007. Y es una intuición que parece coger fuerza cuando después en el articulado propuesto, el art. 7 que regula los documentos que deben aportarse para la acreditación de la pareja estable son, según el apartado a), el documento de identidad o la tarjeta de residencia.

Hemos de confesar que el primer impacto que nos causó la lectura del propuesto art. 7 es la expulsión de la aplicación del RD 240/2007 como consecuencia del registro de la pareja. Es decir, si cuando uno de los miembros de la pareja es extranjero le vamos a pedir la tarjeta de residencia para la inscripción de la pareja, la consecuencia es que solamente los extranjeros que se encuentren en una situación regularizada y de residencia van a poder acceder al registro. Ello no veta a que puedan ser considerados pareja estable aunque no tengan una situación regularizada o si se encuentran en España en una situación de estancia (que no es extraña en supuestos de relaciones afectivas cuando la pareja viene de otro Estado para formalizar la relación o iniciar la convivencia). Sí serán consideradas pareja estable a efectos del Derecho civil catalán si cumplen con las condiciones en él previstas, pero la fórmula dispuesta para su residencia será exclusivamente, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, la vía del art. 2 bis) RD 240/2007. Una lectura un tanto más sosegada nos invitó a pensar a que quizás esta no es la rigidez pretendida, sino que dentro del concepto de documento de identidad cabe también la presentación del pasaporte como documento acreditativo de identidad⁹⁵, lo cual permitiría situarnos de nuevo en el primer escenario presentado.

Pese a que la ORDRE JUS/44/2017, de 28 de marzo mantiene la omisión sobre cualquier referencia a la aplicación del RD 240/2007, esta incipiente incertidumbre ha sido disipada y en el art. 7 se exige la presentación del documento de identidad sin exigir la tarjeta de residencia. El Dictamen de la Comisión jurídica asesora así lo pone de manifiesto. El Registro tiene como objeto acreditar la identidad de las personas a efectos de la existencia de la pareja y no hacer distinciones con razón de la cualidad de extranjero del miembro de la pareja⁹⁶.

2. La aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/1104 a debate

13. Adentrándonos ya en las cuestiones que afectan a las relaciones patrimoniales abordaremos en este momento las dificultades que se plantean respecto a la aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, a las parejas nacidas estables nacidas al amparo del Derecho civil catalán y que se hayan inscrito en el Registro de parejas estables.

España ha sido uno de los Estados miembros que ha participado de la cooperación reforzada de este Reglamento⁹⁷. Tal y como expresa en su considerando número 17, el Reglamento define a la unión registrada a efectos exclusivos del propio Reglamento⁹⁸, advirtiendo, que el contenido del concepto queda en manos del derecho nacional y que no se obliga a incorporar la institución como tal al Estado miembro que aplica el Reglamento si desconoce dicha institución en su ordenamiento jurídico⁹⁹. En

⁹⁵ En consonancia con lo previsto en el art. 13 de la Ley 14/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, sobre la acreditación de la identidad de los ciudadanos extranjeros.

⁹⁶ Dictamen 30/2017 de la Comisión jurídica asesora. Proyecto de orden por la que se aprueba el Registro de parejas estables de Cataluña, pp. 44-45.

⁹⁷ Considerando 11.

⁹⁸ A modo de lo que ocurre con otros Reglamentos el legislador europeo renuncia a dar una noción de unión registrada más allá del instrumento. L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 5, n° 2, 2013, p. 4.

⁹⁹ Como señala el profesor Fernández Rozas: “Centrados en las relaciones de carácter transfronterizo los Reglamentos carecen de pretensión unificadora de los Derechos materiales nacionales relativos al matrimonio o a las uniones registradas; su misión es mucho más concreta: suministrar a las parejas un conjunto de soluciones vinculadas con la propiedad cuando se trasladan a otro Estado miembro de la UE”. 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*, n° 40, septiembre 2016, p. 8.

consecuencia, un Estado miembro que desconoce dicha figura puede aplicar el Reglamento a las uniones registradas en otro país si se cumplen con los parámetros de definición de unión registrada dispuestos en el Reglamento y perfectamente no aplicarla a las uniones no casadas que en dicho Estado miembro no lleguen a la categoría de unión registrada prevista en el Reglamento¹⁰⁰.

En la definición de unión registrada se ofrecen elementos que parecen afectar al registro (art. 3.1 a), aunque las cuestiones sobre la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada están excluidas del ámbito material del Reglamento (art. 1.2 b) y quedan en manos del derecho nacional (considerando 17). Es por tanto la ley del origen de la relación jurídica de la unión registrada la que se encargará de la delimitación de la cuestión sobre la existencia de una unión registrada válida. En concreto, el art. 3.1 a) define a la unión registrada como el “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”. Traducido al ordenamiento jurídico español, puede entenderse desde dos perspectivas en función de la operación de calificación que realicemos¹⁰¹. Se trata pues de subsumir o no el supuesto de hecho de nuestras uniones estables a la categoría de unión registrada que define el Reglamento para su aplicabilidad.

Una perspectiva restrictiva nos llevaría a excluir la aplicación del Reglamento a las parejas registradas en España, a pesar de que la inscripción en el correspondiente registro administrativo presente un carácter obligatorio y/o constitutivo. El mantenimiento de esta visión presenta argumentos a favor y en contra. Como argumento a favor se mantiene que el registro local o autonómico no eleva a la pareja estable a la categoría de unión registrada. Teniendo en cuenta además que en el Dictamen de la Comisión referente a la disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales no se menciona a España como Estado que contempla este tipo de uniones registradas a efectos del Reglamento, ello nos puede llevar a que en la práctica otro Estado miembro obligado por el Reglamento no lo aplique para un caso de una pareja registrada en España y que resida en dicho Estado miembro. Como argumentos en contra, se revela importante destacar que si el registro de pareja en España presenta los elementos definitorios del Reglamento, resulta difícil rechazar de pleno su aplicación, sino es aplicando parámetros internos como el que afecta a la competencia exclusiva del Estado en cuanto a la ordenación de los registros que tenga efectos jurídicos civiles. También resulta paradójico haberles reconocido derechos de residencia como unión registrada al amparo del art. 2.b) RD 240/2007 y ahora rechazar la aplicación del instrumento comunitario que afecta a sus relaciones patrimoniales, máxime cuando no existe una norma de conflicto en España que así lo contemple, ayudando la aplicación del Reglamento a reducir la falta de seguridad jurídica que existe en este ámbito. La situación paradójica recae pues en reconocer derechos de residencia en régimen de libre circulación y mantener los obstáculos a la libre circulación a los que la aprobación del instrumento comunitario pretende colaborar a poner fin¹⁰².

Una perspectiva amplia nos conduce a un reconocimiento positivo de nuestros registros de pareja para la aplicación del Reglamento. Ello podría llevar a examinar qué normativas autonómicas sobre parejas estables cumplen con la definición de unión registrada prevista en el art. en su art. 3.1¹⁰³. El argumento a favor es que para dichas parejas, a las que efectivamente ya hemos reconocido derechos de residencia en régimen de libre circulación, aumentará la seguridad jurídica de soluciones que propone

¹⁰⁰ Considerando 16: “(...) Aunque algunos Estados miembros regulan este último tipo de unión, esta debe disociarse de las uniones registradas, cuyo carácter oficial permite tener en cuenta su especificidad y proceder a su regulación en el Derecho de la Unión (...)”

¹⁰¹ Valorando el paso de la calificación institucional a la fáctica véase B. CARRILLO CARRILLO, “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado”, en A.L., CALVO CARAVACA, J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 397-406.

¹⁰² Considerando 16: “(...) Para facilitar el buen funcionamiento del mercado interior, procede eliminar los obstáculos a la libre circulación de las personas que hayan registrado su unión y, en particular, las dificultades que encuentran esas parejas en la administración y división de su patrimonio. Para alcanzar esos objetivos, el presente Reglamento debe reunir las disposiciones en materia de competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales”.

¹⁰³ Cuestión que la doctrina ya había cuestionado con la propuesta de reglamento. J. M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitarios en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA (Dir.), *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Barcelona, Bosch ed., 2012, pp. 262-263.

el Reglamento y no solo para los propios interesados sino también para los propios operadores y aplicadores del Derecho. Y, en contra, nos encontramos con que el problema es que esta postura puede implicar fragmentación en la aplicación del Reglamento por dos motivos. Por un lado, no todas las parejas pueden acceder al registro en España. Y, por otro lado, respecto a las que sí pueden acceder un registro se nos plantea la problemática de la definición proporcionada por el Reglamento, en el que según se interprete si el carácter obligatorio del registro se refiere propiamente al carácter de la inscripción o que la pareja se encuentre obligatoriamente registrada, nos lleva a resultados muy diferentes.

Si la obligatoriedad se entiende referida al carácter propio de la inscripción, nos encontramos con que se trata de una condición *sine qua non* para considerarse a la pareja dentro de la categoría de la unión registrada. El resultado es que solamente resultarán beneficiarias del Reglamento las parejas que se hayan registrado en los registros en los que la ley autonómica prevea la obligatoriedad del registro como sucede en el País Vasco¹⁰⁴. Las parejas inscritas obligatoriamente en un registro encontrarán amparo en las soluciones del Reglamento, pero en el resto de casos la normativa española no ofrece un remedio expreso. Las parejas registradas en España en registros no obligatorios estarán relegadas a la inseguridad jurídica que sigue planeando en la actualidad ante la falta de normas de Derecho internacional privado para aquellas cuestiones relacionadas con sus efectos patrimoniales¹⁰⁵ y se generará desigualdad no porque unas parejas sean registradas y otras no, sino porque todas no tienen los mismo derechos de acceso al registro, y de tenerlo, no todos los registros presentan los elementos que requiere el Reglamento para ser aplicado.

Sin embargo, si la obligatoriedad está referida a que la pareja se encuentre obligatoriamente registrada, tendrán cabida todas aquellas parejas registradas al amparo de una normativa autonómica que así lo prevea tenga la inscripción en el registro carácter obligatorio o voluntario. Una interpretación sistemática, teniendo en cuenta el considerando número 16 del Reglamento que diferencia entre unión registrada y unión de hecho y mantiene la intervención de la autoridad de la autoridad pública en el registro (tal y cómo se preveía en la originaria propuesta de reglamento) nos puede conducir a considerar que la obligatoriedad a la que hace referencia el art. 3.1 a) no es propiamente a la obligatoriedad del registro prevista por la ley sino a que la pareja obligatoriamente se encuentre registrada. Interpretación que implica el respeto a que el procedimiento del registro quede en manos del Estado miembro del registro y favorece a que el Reglamento resulte aplicable a la pareja inscrita en el registro de parejas por el hecho obligatorio de su registro y no porque obligatoriamente se tenga que registrar según la ley que rija a la creación de la pareja, y que supondría que a las parejas inscritas en el Registro de parejas catalán les resultara aplicable el Reglamento¹⁰⁶.

Verdaderamente el Reglamento no obliga al Estado miembro que las desconoce a incorporarlas a su ordenamiento jurídico, pero las peculiaridades que presenta la realidad española no nos deja indiferentes, debido a que es difícil mantener que en España se da el desconocimiento pleno de dicha institución en los términos que sí ha previsto con carácter expreso el Reglamento. Con ello, deberían tomarse ciertas riendas en el asunto, clarificándose a nivel interno y a los socios europeos si nuestros registros tienen o no validez a efectos del Reglamento. Y, en caso negativo, estudiar el modo de que lo tengan. A nuestro entender, es preciso armonizar el reconocimiento de los derechos de residencia con la posibilidad de aplicar el nuevo Reglamento. Aunque la Directiva y el Reglamento no obligan, sí complican una realidad como la nuestra.

Ajena, aparentemente, a esta discusión, la norma catalana por la cual se crea el Registro de parejas estables quiere, en principio, que el Reglamento (UE) 2016/1104 resulte aplicable a las parejas registradas y creadas al amparo del derecho civil catalán, por cuanto entiende que la aplicación del Reglamento aportará una mayor seguridad jurídica en las relaciones patrimoniales de las parejas registradas transfronterizas. Y es que el velar por la seguridad jurídica es uno de los objetivos principales que prevé esta modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, con la creación de un registro

¹⁰⁴ Artículo 3 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. *BOPV* 100 de 23 de mayo de 2003.

¹⁰⁵ I. LÁZARO GONZÁLEZ, “Las uniones de hecho en el derecho de los conflictos de leyes: el problema calificativo”, en J. M. MARTINELL, M. T. ARECES PIÑOL (Eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Servei de publicacions de la Universitat de Lleida, 1998, p. 242.

¹⁰⁶ Como así ha sido puesto de manifiesto por M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *Indret*, nº 2, 2017, pp. 282-284.

de parejas, que hasta el momento no había sido previsto ni considerado necesario, pero sin olvidar que dicha seguridad jurídica está destinada principalmente al cobro de la pensión de viudedad por parte del miembro de la pareja superviviente.

Como hemos visto, la creación del registro de parejas estables no supone una modificación sustantiva del Derecho civil catalán. Se cubre la carencia de la falta de registro sin necesidad de adherirse a un modelo de registro de pareja obligatorio y/o constitutivo. Y ello lo consigue mediante la creación de un registro de carácter voluntario a través de un instrumento normativo que precisa justificar su urgencia y que encuentra entre sus aliados el manifestar en su preámbulo la necesidad de que a futuro resulte aplicable el reglamento que regule “de forma completa la resolución de los conflictos de leyes en materia de uniones estables de pareja”, evidenciando que “la pareja estable catalana constituida de acuerdo con el derecho civil de Cataluña, una de cuyas partes sea extranjera, podría quedar fuera del ámbito de aplicación del futuro reglamento de la Unión Europea, porque no se la reconocería como tal por el hecho de no constar inscrita en ningún registro público”.

Ahora bien, a pesar de que el propósito sea que la creación del registro de parejas que posibilite la aplicación del Derecho de la UE, seguimos encontrando problemas de encaje entre el modelo de pareja estable catalán y el modelo de pareja registrada cuyos parámetros exige el legislador europeo. Esto es debido especialmente a la interpretación que se efectúe, como hemos visto, de la definición de unión registrada que finalmente proporciona la normativa europea.

El Decreto- Ley 3/2015 se aprueba y convalida en un contexto en el que la Propuesta de reglamento contemplaba para la definición de unión registrada la intervención de una autoridad pública: “régimen de vida en común entre dos personas contemplado por la ley y registrado por una autoridad pública”¹⁰⁷. No obstante, en la última versión de la propuesta¹⁰⁸ y en el texto del Reglamento que acaba aprobándose se da una nueva definición cuya apreciación, como hemos visto, puede llevar a limitar el concepto de unión registrada a efectos del Reglamento a un tipo de registro cuya inscripción deba tener un carácter obligatorio¹⁰⁹.

Y la interpretación que se realice sobre dicha obligatoriedad nos puede situar de nuevo fuera de la aplicabilidad de la normativa europea pese a la voluntad expresada. Si ese fuera el caso, volvería a ponerse sobre la mesa la misma situación de carencia que ha pretendido eliminarse mediante la creación del registro de parejas estables ante la inexistencia de dicha obligatoriedad, máxime si ésta ha de ser entendida como que la inscripción en el registro tiene carácter obligatorio y/o constitutivo. En este sentido, el efecto de registro obligatorio y/o de carácter constitutivo sí provocaría una modificación del Derecho civil catalán, algo a lo que no sabemos, pero que tampoco creemos que esté dispuesto, por el momento, el legislador catalán¹¹⁰. Un índice de la cautela sobre esta cuestión, aunque no sea manifestada expresamente lo tenemos en la segunda propuesta de orden para el desarrollo reglamentario en la que desaparece toda referencia al deseo de que resulte aplicable la normativa europea a las parejas nacidas al amparo del Derecho civil catalán, mientras que sigue manteniéndose la necesidad de su creación para asegurar el cobro de la pensión de viudedad, posición que se mantiene en el Reglamento del Registro de parejas de hecho finalmente aprobado. Pero la no aplicación del Reglamento a las parejas catalanas implicará continuar con la inseguridad jurídica de la falta de una norma de conflicto específica para determinar la ley aplicable a sus efectos patrimoniales y cuando la pareja resida en Cataluña mantener la incertidumbre: si prosigue el reconocimiento de derechos de residencia, otorgarlos y después no aplicar las medidas que el legislador europeo ha previsto para solventar sus obstáculos.

¹⁰⁷ COM (2011) 127 final de 16 de marzo de 2011.

¹⁰⁸ COM (2016) 107 final de 2 de marzo de 2016.

¹⁰⁹ Considerando 16: “El tratamiento dispensado a las formas de unión distintas del matrimonio difiere en las legislaciones de los distintos Estados miembros, por lo 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 (...)”.

¹¹⁰ La profesora Roca puso ya de manifiesto los recelos sobre las dificultades para la comprobación de los requisitos e impedimentos legales por parte del encargado de un registro de parejas estables. E. ROCA TRÍAS, “Repensar la pareja de hecho”, en E. ROCA TRÍAS (Dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 414-417. También sobre la preocupación del carácter constitutivo de los registros de parejas N. COMTE GUILLEMET, “Las parejas no casadas ante el Dpr”, en A.L., CALVO CARAVACA, J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 306-310.

VII. Reflexiones finales

14. Definitivamente, adentrarse en el ámbito de las uniones registradas y la aplicación del Derecho de la Unión en el que se conectan los derechos de residencia y el Derecho internacional privado es todo un viaje en el que se desencadenan una serie de efectos problemáticos, sea cual sea la postura que tomemos. Y ello por cuanto nuestro sistema agoniza en el no alcance del umbral de la categoría de unión registrada por la que parece preocuparse el legislador europeo y a la que dota de ciertos efectos que nos atraen. Hace unos meses leía en la prensa un artículo del profesor Jordà dedicado al significado de las palabras¹¹¹ en el que cita expresamente un pasaje de *Alicia a través del espejo* sobre la conversación mantenida entre Humpty Dumpty y Alicia: “Cuando yo uso una palabra-insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos. La cuestión- insistió Alicia- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes. La cuestión- zanjó Humpty Dumpty- es saber quién es el que manda..., eso es todo”¹¹². El significado de unión registrada dependerá pues del margen que quiera proporcionar el legislador europeo y de su interpretación, cuando llegue, por el TJUE, en el marco de ambos instrumentos comunitarios. Mientras tanto, navegaremos con lo que tenemos.

Y es que el problema no recae en que no alcanzamos del umbral de la categoría de unión registrada que marcan las normas comunitarias, sino en que queremos alcanzarla para beneficiarnos de sus efectos, pero, sin modificar nuestra realidad, lo cual complica mucho el sendero iniciado mediante el otorgamiento de derechos de residencia con un difícil retorno. Encontrar el camino, puede llevarnos a posturas extremadamente diferenciadas: dejar de buscar la aplicación de los instrumentos comunitarios a nuestras parejas registradas o avanzar hacia una figura de unión registrada que permita la aplicación amplia y sin interrogantes de los dos instrumentos comunitarios analizados. La realidad es que se nos antoja difícil defender aplicaciones distintas de los instrumentos comunitarios en un fin común y que es promover la libre circulación de personas en un espacio de seguridad y justicia.

En cuanto a dejar de buscar estos efectos para nuestras parejas registradas y rechazar que resulten aplicables los instrumentos comunitarios nos conduciría, en principio, a la engañosa ecuación cero efectos igual a cero complicaciones, puesto que esta postura también tiene sus consecuencias: dejarían de aplicarse los beneficios de la normativa europea como es la parcela de seguridad jurídica de soluciones que aporta el Reglamento (UE) 2016/1104, y continuarían manteniéndose las incertidumbres a falta de una norma de conflicto que regule la ley aplicable a sus efectos patrimoniales. Esta solución, a la vez propiciaría un sistema de discriminación inversa con carácter indirecto para los supuestos de todas las parejas mixtas registradas que tendrían que acudir exclusivamente a la vía de la familia extensa prevista en el art. 2 bis) RD 240/2007 para la obtención de derechos de residencia. Discriminación que encuentra un engorroso encaje en un sistema como el nuestro que propicia el trato equivalente de los familiares de ciudadanos españoles que residen o no en España con el resto de ciudadanos de la Unión que trasladan su residencia a España. Esta opción además supondría reconocer derechos de residencia en régimen libre circulación a la pareja casada de un ciudadano español cuando el matrimonio se ha contraído en España o en otro país, mientras que en el caso de pareja registrada solamente se accedería a este régimen si la pareja como tal se ha creado mediante el registro en otro Estado miembro y no en España.

Es por ello que si el legislador interno se siente profundamente atraído por las bondades de los instrumentos comunitarios, precisa avanzar hacia la categoría de unión registrada que permita beneficiarse de dichos efectos y afrontar la necesidad de proporcionar una norma de conflicto para aquellas parejas que no lleguen a esa categoría de unión registrada. Posturas intermedias o parcheadas nos llevan al caos que hemos analizado y que tiene consecuencias tanto a nivel estatal como autonómico. Y nuevamente nos dirige al planteamiento de si es acertado valorar los efectos de la aplicación o no aplicación de la normativa comunitaria de manera separada. Si el objetivo al final es el fomento de las libertades comunitarias y la eliminación de obstáculos en aras a la consecución de un espacio de seguridad y justicia, carece de sentido manejar definiciones distintas de las uniones registradas en ambos instrumentos, cuya

¹¹¹ A. JORDÀ FERNÁNDEZ, “Alicia y el huevo parlanchín”. Publicado en el *Diari de Tarragona*. Puede consultarse en: <http://www.pressclipping.com/sp3/redir.php?485-01-JqHzqCAeyx0Ilr27YqBE8NA-423-4824-0-1303853-1134-NA>

¹¹² Capítulo VI.

consecuencia en la práctica en España presenta particularidades que dificultan su aplicación aumentando, en consecuencia, la inseguridad jurídica de estas parejas y un trato diferenciado. Y en el fondo nos conduce al problema de no haber atacado previamente la existencia de la unión registrada antes de la transposición y aplicación de las normas comunitarias.

En conclusión, el paradigma europeo sobre los efectos que benefician a las uniones registradas ha cambiado. Mientras el legislador estatal no tome cartas en el asunto, es el legislador autonómico el que moverá o no sus fichas para favorecer o no la aplicación de los instrumentos comunitarios analizados, pero con los inconvenientes que han sido planteados. No se trata de una tarea fácil aunque el momento es idóneo. La futura aplicación del Reglamento (UE) 2016/1104 propicia el contexto ideal para o bien avanzar hacia un estatuto de unión registrada de carácter civil al permitir su acceso al Registro civil y clarificar si debemos apartarnos de los desvelos para que resulten aplicables ambos instrumentos a las parejas registradas en España. Sea como fuere la demanda de una mayor seguridad jurídica para estos modelos familiares es una necesidad. La inactividad mantendrá las incertidumbres en ambos ámbitos y habrá que esperar a los pronunciamientos del TJUE en estos instrumentos para orientar si las parejas inscritas en registros autonómicos locales o españoles tienen o no cabida para que se extiendan a su favor los efectos de la Directiva 2004/38/CE, que en la práctica ya se están desplegando, y de las incógnitas que para su aplicación plantea el Reglamento (UE) 2016/1104. La cuestión que queda en entredicho es si realmente se ambiciona suficientemente su aplicación para ir hacia una verdadera acción que implique lograr un estatuto de unión registrada que abrigue, sin lugar a tantas dudas, el amparo de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo.

LA DISCIPLINA DELLA GIURISDIZIONE NEL REGOLAMENTO (UE) N. 2016/679 CONCERNENTE IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI E IL SUO COORDINAMENTO CON LA DISCIPLINA CONTENUTA NEL REGOLAMENTO “BRUXELLES I-BIS”

JURISDICTION UNDER REGULATION (EU) NO. 2016/679 CONCERNING THE PROCESSING OF PERSONAL DATA AND ITS COORDINATION WITH THE “BRUSSELS I-BIS” REGULATION

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI

Professore ordinario di Diritto internazionale

Università di Macerata

orcid ID: 0000-0002-4188-8099

Recibido: 16.08.2017 / Aceptado: 11.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3881>

Riassunto: Lo scritto esamina le regole di giurisdizione contenute nel regolamento (UE) n. 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, le quali si presentano come strumentali all’obiettivo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti dal regolamento a favore degli individui titolari dei dati nei confronti dei soggetti responsabili del trattamento dei dati stessi. Tali regole, pur apprezzabili nel loro intento di fornire una disciplina specifica della giurisdizione relativamente alle controversie prese in considerazione, pongono nondimeno alcuni problemi di coordinamento con la disciplina della giurisdizione nelle controversie civili e commerciali come attualmente contenuta nel regolamento (UE) n. 1215/2012 o “Bruxelles I-bis”, i quali non sono adeguatamente affrontati nelle disposizioni del nuovo trattamento.

Parole chiave: Giurisdizione, Regolamento (UE) n. 2016/679, trattamento dei dati personali, tutela giurisdizionale effettiva, Regolamento (UE) n. 1215/2012 (“Bruxelles I-bis”).

Abstract: The present paper addresses the rules on jurisdiction contained in Regulation (EU) No. 2016/679 concerning the protection of natural persons with regard to the processing of personal data. These rules appear instrumental to the pursuit of the fundamental goal of guaranteeing an effective judicial protection of the rights granted to individuals as concerns the processing of their personal data against those subjects who are responsible for the said processing. These rules, welcome as they are in their purpose of providing special fora expressly tailored in respect of the peculiarities of the litigation concerned, fall short of addressing adequately the problems of coordination which they raise in respect of the rules on jurisdiction in civil and commercial matters as currently set out under Regulation (EU) No. 1215/2012 (s.c. “Brussels Ia” Regulation).

Keywords: Jurisdiction; Regulation (EU) No. 2016/679, processing of personal data, right to an effective judicial remedy, Regulation (EU) No. 1215/2012 (“Brussels Ia”).

Sommario: I. Obiettivi perseguiti dal nuovo regolamento sulla protezione delle persone fisiche relativamente al trattamento dei dati personali e collocazione sistematica delle regole sulla giurisdizione al suo interno. II. Le regole sulla giurisdizione relativamente alle azioni dei titolari dei dati personali nei confronti dei soggetti responsabili del trattamento, in rapporto alle regole sul foro

del fatto illecito nel regolamento “Bruxelles I-bis”: A. L’oggetto delle regole di giurisdizione contenute nel regolamento n. 2016/679 e la possibile integrazione di tale disciplina con regole generali del regolamento “Bruxelles I-bis”; B. L’applicabilità delle regole di giurisdizione del regolamento n. 2016/679 nei confronti di titolari o responsabili del trattamento stabiliti in paesi terzi; C. L’opzione consentita dal regolamento a favore del foro della residenza abituale del titolare dei dati personali e le sue criticità, alla luce della parallela giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle violazioni della *privacy* e dei diritti della personalità; D. L’imperatività della tutela del titolare dei dati come giustificazione sistematica dell’opzione a favore del foro della sua residenza abituale. III. Le disposizioni concernenti la sospensione delle azioni in caso di procedimenti paralleli, in rapporto alla disciplina in materia di litispendenza e connessione c.d. *privativa* nel regolamento “Bruxelles I-bis”. IV. Considerazioni conclusive: un’occasione mancata per un più efficace coordinamento tra atti adottati in settori diversi nell’ambito delle politiche materiali dell’Unione europea.

I. Obiettivi perseguiti dal nuovo regolamento sulla protezione delle persone fisiche relativamente al trattamento dei dati personali e collocazione sistematica delle regole sulla giurisdizione al suo interno

1. Il regolamento n. 2016/679 è destinato ad introdurre, a decorrere dal 25 maggio 2018, data a partire dalla quale riceverà applicazione, una disciplina uniforme in materia di protezione dei diritti delle persone fisiche relativamente al trattamento dei propri dati personali¹, la quale sostituirà la disciplina attualmente in vigore, contenuta nella direttiva n. 95/46 e nelle discipline nazionali di recepimento. Lo scopo perseguito dal nuovo strumento consiste nell’offrire una più efficace garanzia dei diritti degli individui relativamente al trattamento dei propri dati personali, che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea espressamente annovera all’articolo 8 tra i diritti fondamentali della persona, rispetto a quella sinora apprestata a mezzo della direttiva n. 95/46, introducendo una disciplina maggiormente omogenea in materia, come è proprio della natura dell’atto che la racchiude, all’interno degli Stati membri. Nondimeno, pur nell’ambito di una disciplina tendenzialmente uniforme e direttamente applicabile, il regolamento intenzionalmente lascia un margine di discrezionalità agli Stati membri per quanto attiene alla disciplina del trattamento di speciali categorie di dati personali, costituite dai c.d. dati sensibili, nell’intento di contemperare l’obiettivo di introdurre una disciplina per quanto possibile omogenea in materia con la necessaria flessibilità per quanto attiene alla disciplina di ipotesi particolari².

2. Tra i principi ispiratori della disciplina contenuta nel regolamento rientra il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva per il caso in cui i diritti tutelati dal regolamento stesso abbiano ad essere violati³. Ai rimedi giurisdizionali o di carattere amministrativo a disposizione degli individui in relazione a violazioni dei diritti tutelati dal regolamento è dedicato il capitolo VIII del regolamento, il quale reca un meccanismo di tutela a due stadi, il primo del quale contempla, ai sensi dell’art. 77 del regolamento, il diritto di presentare un reclamo relativamente ad ogni violazione dei diritti tutelati dal regolamento innanzi ad un’autorità di controllo, da individuarsi alternativamente nell’autorità dello Stato membro di residenza abituale del titolare dei dati o in quella dello Stato membro dove egli svolge la propria attività lavorativa, ovvero nell’autorità dello Stato membro in cui la violazione è avvenuta. Tale rimedio viene indicato come alternativo al ricorso ad altri mezzi di carattere amministrativo o giurisdizionale a cui l’individuo possa avere accesso, tra i quali debbono ritenersi rientrare i rimedi giurisdizionali direttamente azionabili nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento ai sensi del suc-

¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *GUUE*, L 119 del 4 maggio 2016, p. 1 ss.

² Si vedano in questo senso le disposizioni degli articoli 9, par. 2, lett. a), g)-j) e parr. 3-4, art. 10 e art. 23 del regolamento, nonché i considerando nn. 10 e 73 del preambolo.

³ Si vedano gli articoli 78, par. 1, che afferma il diritto del titolare dei dati ad un rimedio giurisdizionale effettivo avverso decisioni sfavorevoli di un’autorità nazionale di controllo, e 79, par. 1, che afferma tale diritto nei confronti del titolare ovvero del responsabile del trattamento. Si veda anche il considerando n. 141 del preambolo, il quale contiene un espresso riferimento in proposito all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

cessivo art. 79⁴. Il secondo stadio, susseguente alla presentazione di un reclamo ad un'autorità nazionale di controllo, contempla, ai sensi dell'art. 78 del regolamento, il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo nei confronti di una decisione sfavorevole dell'autorità nazionale di controllo. In considerazione della natura di una tale autorità e della funzione di carattere pubblico che questa esercita, il regolamento necessariamente prevede che tali ricorsi debbano presentarsi innanzi ai giudici dello Stato membro nel quale l'autorità di controllo che ha emesso la decisione sfavorevole è istituita⁵.

3. Se, per quanto appena rilevato, particolari problemi non sono suscettibili di porsi in termini di giurisdizione per quanto attiene ai ricorsi nei confronti di decisioni sfavorevoli adottate da un'autorità nazionale di controllo ai sensi dell'art. 78 del regolamento, la problematica dell'allocazione della giurisdizione è invece concretamente suscettibile di porsi in relazione alla strada alternativa, contemplata dall'art. 79 del regolamento, dell'azione nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento dei dati personali. Una tale azione, diversamente da quella nei confronti di una decisione sfavorevole dell'autorità di controllo, presenterà il carattere di un'ordinaria azione di carattere civile, la quale potrà essere volta, a seconda dei casi, ad ottenere la cessazione o la modificazione della condotta del titolare ovvero del responsabile del trattamento che non sia conforme alle disposizioni del regolamento, oppure, ed eventualmente anche parallelamente, al risarcimento del danno causato dalla violazione, come espressamente contemplato dall'art. 82 del regolamento. Conseguentemente, nei casi in cui il titolare dei dati personali e il titolare ovvero il responsabile del trattamento abbiano rispettivamente la propria residenza abituale e il proprio luogo di stabilimento in paesi membri diversi, ovvero la violazione sia avvenuta in un diverso paese membro – situazioni le quali sono rese innegabilmente più frequenti dal sempre più diffuso ricorso a mezzi di carattere telematico per la conclusione del più vario genere di transazioni, le quali implicano l'acquisizione e il trattamento di dati personali degli utenti – sono frequentemente suscettibili di porsi i problemi di determinazione della giurisdizione che sono tipici delle controversie civili di carattere internazionale, questi formano oggetto di una rete ormai sempre più fitta di strumenti adottati dall'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Particolare rilievo occupa in questo ambito il regolamento (UE) n. 1215/2012 o “Bruxelles I-bis”, relativo alla disciplina della competenza giurisdizionale nonché del riconoscimento e dell'esecuzioni delle decisioni in materia civile e commerciale⁶.

II. Le regole sulla giurisdizione relativamente alle azioni dei titolari dei dati personali nei confronti dei soggetti responsabili del trattamento, in rapporto alle regole sul foro del fatto illecito nel regolamento “Bruxelles I-bis”.

(A) L'oggetto delle regole di giurisdizione contenute nel regolamento n. 2016/679 e la possibile integrazione di tale disciplina con regole generali del regolamento “Bruxelles I-bis”.

4. Il regolamento n. 2016/679 disciplina, al par. 2 dell'art. 79, la giurisdizione relativamente alle azioni del titolare dei dati personali nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento, adottan-

⁴ Per chiarezza, anche a beneficio della successiva indagine, si deve precisare che il regolamento contempla due distinte figure indicate rispettivamente come “titolare del trattamento” e come “responsabile del trattamento”. Relativamente al primo, l'art. 4, n. 7, del regolamento chiarisce che come tale si deve intendere la persona fisica o giuridica, il servizio o organismo od anche, a seconda dei casi, l'autorità pubblica, che individua i mezzi e le finalità del trattamento in conformità delle disposizioni del regolamento e, ove del caso, di altre disposizioni del diritto dell'Unione europea ovvero del diritto interno dei singoli Stati membri, mentre per il secondo deve intendersi, ai sensi dell'art. 4, n. 8, chi materialmente effettua il trattamento per conto del titolare del trattamento.

⁵ Si veda l'art. 78, par. 3. Analogamente, come si vedrà meglio *infra*, II.4, l'art. 79, par. 2, del regolamento prevede che le azioni nei confronti del titolare ovvero del responsabile del trattamento possano introdursi unicamente innanzi ai giudici dello Stato membro in cui il titolare o il responsabile del trattamento abbia uno stabilimento, nell'ipotesi in cui il titolare ovvero il responsabile del trattamento sia una pubblica autorità che agisca nell'esercizio dei propri pubblici poteri.

⁶ Relativamente ai rapporti con quest'ultimo regolamento, come si avrà modo di osservare più avanti, II.4, il regolamento n. 2016/679 si limita ad affermare, nel considerando n. 147 del preambolo, che in presenza di specifiche regole in materia di giurisdizione contenute nel regolamento stesso, le regole generali di giurisdizione come contenute, segnatamente, nel regolamento n. 1215/2012 o “Bruxelles I-bis”, non dovranno pregiudicare l'applicazione di tali regole specifiche.

do soluzioni che, pur in assenza di un riferimento espresso a tale regolamento nel testo delle norme in esame, appaiono largamente ispirate ai criteri propri del regolamento n. 1215/2012 o “Bruxelles I-bis” e all’interpretazione che di tali criteri, come già in larga parte contenuti nel previgente regolamento n. 44/2001 o “Bruxelles I” ed ancor prima nell’originaria Convenzione di Bruxelles del 1968, è stata data nel tempo dalla Corte di giustizia. Peraltro, secondo un’indicazione di carattere generale contenuta nel considerando n. 147 del preambolo, si deve ritenere che i criteri recati dalla norma in esame siano destinati a prevalere, in virtù di un criterio di specialità *ratione materiae* accolto dal regolamento Bruxelles I-bis nel suo art. 67, sulle regole generali contenute in quest’ultimo regolamento, le quali potranno trovare applicazione solo nella misura in cui non siano incompatibili con la disciplina speciale⁷.

5. Deve a questo proposito osservarsi che i criteri speciali contemplati dall’art. 79, par. 2 del regolamento concernente la tutela dei dati personali, conformemente all’ottica protettiva della persona del titolare dei dati che, come si è rilevato, ispira l’intera disciplina recata dal regolamento e coerentemente col par. 1 della stessa norma, che tutela il diritto del titolare dei dati ad un rimedio giurisdizionale effettivo, si applicano unicamente alle azioni promosse dal titolare dei dati nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento dei dati stessi⁸. Per quanto concerne le eventuali azioni di accertamento negativo che il titolare ovvero il responsabile del trattamento intendessero proporre nei confronti del titolare dei dati, come pure le eventuali azioni promosse dal titolare del trattamento nei confronti del responsabile del trattamento stesso o viceversa, deve ritenersi che, secondo lo spirito del considerando n. 147 del regolamento, che, come già si è osservato, replica la regola di coordinamento dettata dall’art. 67 del regolamento “Bruxelles I-bis”, esse rimangano disciplinate in punto di giurisdizione da quest’ultimo regolamento, le cui disposizioni, come si avrà modo di osservare, disciplineranno anche eventuali situazioni di concorso tra procedimenti instaurati dai titolari dei dati in base al primo regolamento ed eventuali procedimenti introdotti dal titolare ovvero dal responsabile del trattamento in base al secondo⁹.

6. Sempre secondo la medesima *ratio* di complementarità della disciplina recata dal regolamento “Bruxelles I-bis” rispetto alle regole in materia di giurisdizione contenute nel regolamento n. 679/2016, deve ritenersi che le disposizioni sulla competenza per connessione contenute nel primo regolamento, con particolare riferimento alle ipotesi di chiamate in garanzia e di domande riconvenzionali proposte dal titolare o dal responsabile del trattamento, come anche, ove del caso, la disposizione relativa al cumulo soggettivo di cui all’art. 8, par. 1 del regolamento Bruxelles I-bis – la cui applicazione può giovare ad una più effettiva tutela giurisdizionale dei diritti del titolare dei dati, nel caso, ad esempio, in cui egli intenda agire al tempo stesso nei confronti di più titolari o responsabili del trattamento stabiliti in Stati membri diversi innanzi ai giudici dello Stato membro in cui uno di essi è stabilito – possano operare anche rispetto alle azioni introdotte dai titolari dei dati sulla base dei criteri contemplati dall’art. 79 del regolamento sulla protezione dei dati personali¹⁰.

⁷ Si veda in proposito P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2016, p. 81 ss., spec. p. 103 s.

⁸ Diversamente, in questo, dalla regola concernente il foro del fatto illecito nel regolamento Bruxelles I-bis, la quale, secondo una logica di neutralità rispetto alle posizioni sostanziali delle parti che è comune anche alle altre regole relative ai fori speciali nel regolamento stesso, si applica anche relativamente ad eventuali azioni di accertamento negativo promosse dal presunto responsabile: si veda, con riferimento alla regola corrispondente contenuta nel precedente regolamento n. 44/2001 (“Bruxelles I”), Corte di giustizia UE, sent. 25 ottobre 2012, in causa C-133/11, *Folien Fischer AG c. Ritrama s.p.a.*, ECLI:EU:C:2012:664, par. 41 ss., massima in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 964 s.; in *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 501 ss., nota di H. MUIR-WATT, ivi, p. 506 ss.

⁹ Si veda *infra*, III.

¹⁰ L’estensione della competenza giurisdizionale del giudice designato in base ai criteri di cui all’art. 79, par. 2, del regolamento n. 2016/679 alle eventuali chiamate di terzo e domande riconvenzionali spiegate dal titolare ovvero dal responsabile del trattamento non appare infatti suscettibile di pregiudicare l’applicazione di tali criteri, non apportando ad essi alcuna deroga, mentre appare strumentale all’obiettivo di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti dal regolamento, la quale verrebbe ostacolata da un’eventuale dispersione del contenzioso scaturente dall’invocazione dei diritti riconosciuti dal regolamento da parte del titolare dei dati. Si veda in questo senso anche P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation*, cit., p. 103 ss.; più generoso, ma meno con-

7. Più dubbia appare invece la possibilità di invocare, in relazione alle azioni cui si applicano i criteri di giurisdizione posti dal regolamento n. 2016/679, l'applicazione delle disposizioni contenute nel regolamento Bruxelles I-bis in materia di deroga e proroga della giurisdizione. Deve infatti osservarsi che l'applicazione di tali disposizioni è certo suscettibile di pregiudicare in senso formale l'applicazione dei criteri di giurisdizione contenuti nel regolamento sulla protezione dei dati personali, producendo l'effetto di sottoporre le azioni contemplate da tale regolamento a giudici di Stati membri diversi da quelli individuati in base ai criteri fissati dal regolamento stesso. Al tempo stesso, nel momento in cui si ammette, nell'ottica di contribuire all'obiettivo di offrire al titolare dei dati una tutela giurisdizionale più effettiva dei propri diritti, l'integrazione della, a dire il vero, piuttosto scarna disciplina in punto di giurisdizione recata dal regolamento n. 2016/679 con determinati strumenti procedurali, come la connessione attributiva, offerti dalla ordinaria disciplina della giurisdizione in materia civile e commerciale recata dal regolamento Bruxelles I-bis, un'*eadem ratio* dovrebbe consentire di ammettere la deroga ai criteri di giurisdizione fissati dal regolamento n. 2016/679 nella misura in cui questa operi a favore del titolare dei dati personali. In questi termini, appare potersi ammettere senza troppa difficoltà la proroga tacita contemplata dall'art. 26 del regolamento Bruxelles I-bis, considerato che, come già rilevato, i criteri di giurisdizione contemplati dall'art. 79, par. 2, del regolamento n. 2016/679 si applicano alle sole azioni proposte dal titolare dei dati nei confronti del titolare ovvero del responsabile del trattamento, per cui l'eventuale accettazione da parte di questi ultimi della giurisdizione di un giudice di uno Stato membro diverso da quelli contemplati da quest'ultimo regolamento, che sia stato adito dal titolare dei dati, giungerebbe comunque a beneficio di quest'ultimo, che verrebbe in questo modo dispensato dal dover introdurre una nuova azione innanzi ai giudici di uno Stato membro diverso. Maggiormente problematica si presenta, invece l'ammissibilità di un accordo di scelta del foro ai sensi dell'art. 25 del regolamento Bruxelles I-bis. Un tale accordo rischierebbe, infatti, di venire imposto dal titolare ovvero dal responsabile del trattamento al titolare dei dati, per costringerlo ad accettare la giurisdizione dei giudici di uno Stato membro diverso da quelli indicati nell'art. 79, par. 2, del regolamento n. 2016/679. Come è stato prospettato in dottrina, potrebbe farsi riferimento in proposito alla soluzione accolta nello stesso regolamento "Bruxelles I-bis" nelle materie per le quali, in presenza di un'esigenza di protezione della parte debole di determinati rapporti, come i contratti dei consumatori, i contratti di assicurazione e i contratti individuali di lavoro, esso reca una disciplina più restrittiva in materia di accordi di scelta del foro, volta a renderli ammissibili solamente nella misura in cui consentano alla parte debole del rapporto di adire altri giudici in aggiunta a quelli designati dalle disposizioni del regolamento, affinché il diritto del titolare dei dati di ricorrere ai giudici designati dall'art. 79, par. 2, del regolamento n. 2016/679 non abbia ad esserne pregiudicato¹¹.

8. I criteri di giurisdizione contemplati dall'art. 79, par. 2, del regolamento sulla protezione dei dati personali prevedono un'alternativa tra i giudici dello Stato membro in cui il titolare o responsabile del trattamento ha uno stabilimento, e i giudici dello Stato membro in cui il titolare dei dati ha la propria residenza abituale, quest'ultima opzione restando peraltro esclusa nei casi in cui il titolare o responsabile del trattamento sia una pubblica autorità di uno Stato membro, la quale agisca nell'esercizio dei propri pubblici poteri¹².

divisibile, l'approccio di CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 653 ss., spec. p. 668 ss., per il quale anche l'applicazione di criteri di giurisdizione non contemplati dal regolamento n. 2016/679 non pregiudicherebbe l'applicazione di questi ultimi.

¹¹ Appare condivisibile in proposito l'analisi svolta da P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation*, cit., p. 106 ss.; appare ammettere tale soluzione, più sinteticamente, anche CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union*, cit., p. 669 ss., argomentando analogamente che in questo modo l'applicazione dei criteri di giurisdizione contemplati dal regolamento n. 2016/679 non verrebbe ad essere pregiudicata.

¹² Si vedano in proposito, tra gli altri, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (I): cuestiones de competencia*, in www.pedrodemiguelasensio.blogspot.it, 11 maggio 2016, p. 3 s.; P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation*, cit., p. 96 ss.; CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union*, cit., p. 668 ss.

9. In proposito, il primo dei due criteri contemplati dalla norma appare tendenzialmente coincidere, nell'economia di un'azione di carattere extracontrattuale da fatto illecito – come nella gran parte dei casi appare dover essere qualificata un'azione che trova il suo fondamento nella violazione delle disposizioni del regolamento sul trattamento dei dati personali, benché il trattamento dei dati possa materialmente avere luogo anche in occasione della conclusione o in relazione con l'esecuzione di un contratto¹³ – col foro del luogo della condotta¹⁴, in quanto è normalmente nel luogo in cui il titolare o responsabile del trattamento dei dati è stabilito che il trattamento stesso ha luogo. Pur sempre, deve osservarsi che la norma appare fare riferimento genericamente allo Stato membro in cui il titolare o responsabile del trattamento ha uno stabilimento, senza specificare in proposito che debba trattarsi dello stabilimento principale di tale soggetto – ciò che consentirebbe di accostare tale criterio al foro generale del domicilio del convenuto contemplato dal regolamento Bruxelles I-bis – né che debba trattarsi dello stabilimento presso il quale ha avuto luogo il trattamento dei dati personali che ha dato origine all'azione in giudizio, ciò che consentirebbe più propriamente di assimilare tale foro al foro del luogo della condotta dannosa, secondo l'interpretazione c.d. ubiquitaria che è stata data dalla Corte di giustizia al foro contemplato dall'attuale art. 7, par. 2, del regolamento Bruxelles I-bis nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa agli illeciti a distanza¹⁵. Piuttosto, nei termini vaghi e generici nei quali è concepito il foro in questione nel regolamento sul trattamento dei dati personali, esso appare assimilabile a un foro basato sulla mera presenza commerciale, la cui portata va ben al di là del foro dell'agenzia, succursale o filiale contemplato dal regolamento Bruxelles I-bis. Quest'ultimo foro, come è noto, oltre a presupporre che il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro, è invocabile unicamente con riferimento alle azioni che traggano il loro fondamento dalle attività dell'agenzia, succursale o filiale in questione¹⁶.

(B) L'applicabilità delle regole di giurisdizione del regolamento n. 2016/679 nei confronti di titolari o responsabili del trattamento stabiliti in paesi terzi.

10. Nella sua ampiezza, il foro contemplato dal regolamento n. 2016/679 appare invocabile anche nei confronti di un titolare o responsabile del trattamento che abbia il proprio stabilimento principale

¹³ L'azione nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento potrebbe presentare carattere contrattuale ove il trattamento dei dati formasse specificamente oggetto del contratto o di sue clausole. Si veda in proposito CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation*, cit., p. 669 s., 671 s., il quale prospetta l'applicazione alternativa dei criteri recati, rispettivamente, dall'art. 7.1 e 7.2 del regolamento n. 1215/2012 ("Bruxelles I-bis"), sulla base di una lettura restrittiva della clausola di cui all'art. 67 di quest'ultimo regolamento. Secondo l'interpretazione che appare più corretta, invece, il regolamento Bruxelles I-bis, nel dichiarare all'art. 67 di non voler pregiudicare l'applicazione delle disposizioni che disciplinano la competenza giurisdizionale in materie particolari, contenute in atti dell'Unione europea o in legislazioni nazionali armonizzate in applicazione di tali atti, esclude la possibilità di fare ricorso ai propri criteri di competenza giurisdizionale relativamente ad azioni per le quali un altro atto dell'Unione preveda una diversa allocazione della competenza giurisdizionale in considerazione dei caratteri specifici delle controversie contemplate da tale atto. Si vedano, in quest'ultimo senso, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos*, cit., p. 3; P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights*, cit., p. 105.

¹⁴ Secondo l'interpretazione del criterio di competenza giurisdizionale come al tempo contenuto nell'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968 data dalla Corte di giustizia CE, sent. 30 novembre 1976, in causa 21/76, *Bier c. Mines de potasse d'Alsace*, in *Raccolta*, 1976, p. 1735 ss., punti 13 ss. della motivazione, nei casi di illeciti c.d. a distanza, in cui il luogo della condotta illecita è situato in uno Stato membro diverso da quello di verifica dell'evento dannoso, l'azione potrà proporsi alternativamente nell'uno come nell'altro foro: si vedano in proposito per tutti, A. DAVI, *La responsabilità extracontrattuale nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, Torino, 1997, p. 108 ss.; K. KERAMEUS, *La compétence internationale en matière delictuelle dans la Convention de Bruxelles*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1992-1993, Paris, 1994, p. 255 ss., spec. p. 257 ss.; L. MARI, *Il diritto processuale civile della convenzione di Bruxelles*, I, *Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 388 ss.; con riferimento all'incidenza della prevedibilità della competenza giurisdizionale sul diritto delle parti alla tutela giurisdizionale si rinvia a F. MARONGIU BUONAIUTI, *La tutela del diritto di accesso alla giustizia e della parità delle armi tra i litiganti nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, XVI Convegno SIDI, Catania, 23-24 giugno 2011, Napoli, 2012, p. 345 ss., spec. p. 348 ss.

¹⁵ Con particolare riferimento alla sent. 30 novembre 1976, *Bier c. Mines de potasse d'Alsace*, cit. (nota prec.).

¹⁶ Si veda in proposito P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights*, cit., p. 99 ss., sottolineando la chiara finalità protettiva nei confronti del titolare dei dati insita nella previsione di un così ampio criterio di competenza giurisdizionale.

in uno Stato terzo, qualora abbia uno stabilimento nello Stato membro del giudice adito, e ciò anche qualora il trattamento dei dati oggetto della domanda giudiziale non rientri nell'ambito delle attività di tale stabilimento, ma a condizione, al tempo stesso, che il diritto la cui tutela è invocata dal titolare dei dati ricada nell'ambito di applicazione *ratione loci vel personarum* del regolamento stesso. In proposito, ai sensi dell'art. 3 del regolamento, la presenza di uno stabilimento del titolare o responsabile del trattamento in uno Stato membro è sufficiente al fine dell'applicazione delle disposizioni del regolamento stesso al trattamento di dati che sia effettuato nel contesto delle attività di quello stabilimento. Ciò, in definitiva, nelle ipotesi di un titolare o responsabile del trattamento il cui stabilimento principale sia situato in uno Stato terzo e che abbia uno stabilimento in uno Stato membro, consente di invocare il foro in questione relativamente alle sole azioni scaturenti dal trattamento dei dati che sia effettuato nel contesto delle attività di tale stabilimento.

11. La norma dell'art. 3, par. 1, del regolamento, a questo riguardo, appare recepire l'interpretazione senz'altro ampia dell'ambito di applicazione *ratione personarum* della previgente disciplina europea del trattamento dei dati personali fatta propria dalla Corte di giustizia nella sentenza *Google Spain*, precisando che la disciplina contenuta nel regolamento si applica indipendentemente dal fatto che il trattamento dei dati sia materialmente avvenuto all'interno dell'Unione o meno, essendo sufficiente che esso sia imputabile a uno stabilimento del titolare o responsabile del trattamento che sia ubicato nell'Unione¹⁷. Del resto, nel caso, a cui si riferiva la sentenza appena evocata, in cui il trattamento dei dati sia effettuato da un gestore di un sito Internet, non è certo infrequente che quest'ultimo possa materialmente delocalizzare le operazioni relative al trattamento dei dati degli utenti, eventualmente affidandole a un soggetto terzo ubicato in un paese che non presenta alcun effettivo collegamento con la vicenda che ha dato luogo all'acquisizione dei dati. Conseguentemente, al fine dell'applicazione *ratione personarum* della disciplina recata dal regolamento, e, conseguentemente, dell'invocabilità del criterio di giurisdizione accolto nel suo art. 79, par. 2 nei confronti di un titolare o di un responsabile del trattamento il cui stabilimento principale sia in uno Stato terzo, può rilevare unicamente, anche a fini di certezza del diritto e di prevedibilità della competenza giurisdizionale e dell'applicabilità stessa della disciplina recata dal regolamento in esame, lo stabilimento sito in uno Stato membro nel contesto delle attività del quale i dati in questione sono stati acquisiti¹⁸.

12. In un'ottica ulteriormente estensiva dell'ambito di applicazione soggettivo del regolamento, ai sensi dell'art. 3, par. 2, le sue norme, e di conseguenza i criteri di competenza giurisdizionale contemplati dall'art. 79, par. 2, quantomeno relativamente al foro della residenza abituale del titolare dei dati, sono invocabili anche nei confronti di un titolare o responsabile del trattamento che non abbia alcun stabilimento in uno Stato membro, ogniquale volta i dati oggetto del trattamento si riferiscano a persone che si trovino materialmente in uno Stato membro. A questo fine, però, all'evidente scopo di tutelare il titolare ovvero responsabile del trattamento, stabilito in un paese terzo, da un'applicazione "a sorpresa" della disciplina recata dal regolamento e di contenere in qualche misura la tendenza all'applicazione extraterritoriale della disciplina protettiva da esso recata, l'art. 3, par. 2, pone alcuni requisiti ulteriori, atti a garantire l'esistenza di un collegamento oggettivo e prevedibile del trattamento dei dati con lo Stato membro in cui il titolare dei dati stessi si trova. Tali requisiti ulteriori sono individuati dalla norma

¹⁷ Corte di giustizia UE, sent. 13 maggio 2014, in causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc*, ECLI:EU:C:2014:317. Nel senso di un'interpretazione estensiva della nozione di trattamento dei dati che intervenga nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nell'Unione, ai fini dei corrispondenti criteri di applicazione territoriale della disciplina contenuta nella precedente direttiva 95/46/CE, si veda anche Corte di giustizia UE, sent. 1 ottobre 2015, in causa C-230/14, *Weltimmo*, ECLI:EU:C:2015:639, in *Revue critique de droit international privé*, 2016, p. 377 ss., con nota di B. HAFTTEL, *ivi*, p. 378 ss.; v. anche CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation*, cit., p. 658 ss.

¹⁸ Si veda ancora CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation*, cit., p. 659 s. Diversamente, ai fini del criterio di competenza giurisdizionale contemplato dall'art. 79, par. 2, del regolamento n. 2016/679, la genericità del riferimento a "uno stabilimento" del responsabile del trattamento e la *ratio* consistente nell'obiettivo di assicurare al titolare dei dati le più ampie prospettive di accesso a un giudice innanzi al quale poter agire nei confronti del responsabile del trattamento suggeriscono un'interpretazione più ampia: v. P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights*, cit., p. 100 s.

nell'essere il trattamento dei dati legato alternativamente all'offerta di beni o servizi a titolari dei dati che si trovino nell'Unione, ovvero al monitoraggio del loro comportamento, nella misura in cui il comportamento oggetto del monitoraggio abbia luogo nell'Unione.

13. Infine, deve rilevarsi che il regolamento, all'art. 3, par. 3, tende a superare i normali limiti territoriali dell'applicazione del diritto dell'Unione, per i quali questo di regola non si applica nei territori extraeuropei soggetti alla sovranità degli Stati membri, prevedendo l'applicazione delle proprie norme ai titolari o responsabili del trattamento che siano stabiliti in un luogo soggetto al diritto di uno Stato membro in base al diritto internazionale¹⁹.

(C) l'opzione consentita dal regolamento a favore del foro della residenza abituale del titolare dei dati personali e le sue criticità, alla luce della parallela giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle violazioni della *privacy* e dei diritti della personalità.

14. Sussistendo le condizioni che ne determinano l'assoggettamento alla disciplina recata dal regolamento n. 2016/679 che si sono evidenziate, il titolare o il responsabile del trattamento potrà essere citato, in alternativa allo Stato membro in cui ha un proprio stabilimento nel senso che si è indicato, innanzi ai giudici dello Stato membro in cui il titolare dei dati ha la propria residenza abituale, salvo che, come già si è menzionato, il titolare o responsabile del trattamento sia una pubblica autorità che agisca nell'esercizio dei propri pubblici poteri, ciò che, per definizione, ne rende difficilmente configurabile l'assoggettamento alla giurisdizione dei giudici di uno Stato diverso. Il criterio alternativo costituito dalla residenza abituale del titolare dei dati presenta un'inegabile assonanza col criterio del centro degli interessi della persona che si pretenda vittima di una violazione della *privacy* o di altro diritto della personalità, utilizzato dalla Corte di giustizia nella sentenza *eDate* relativamente alle violazioni di tali diritti commesse tramite informazioni pubblicate su siti Internet e localizzato tendenzialmente nel luogo in cui la persona che si pretende lesa ha per l'appunto la propria residenza abituale²⁰, e si rivela atto a coincidere tendenzialmente col giudice del luogo dell'*eventum damni* in un'azione risarcitoria da fatto illecito.

15. Ciò può trovare giustificazione alla luce della considerazione che la violazione dei diritti conferiti dal regolamento n. 2016/679 al titolare dei dati personali, in quanto atta a colpire la persona del titolare dei dati in un suo diritto della personalità quale è quello al controllo dei propri dati personali, deve considerarsi materializzata, quale luogo dell'evento dannoso, nel luogo in cui la persona è stabilita, che il regolamento, con una soluzione che è ormai ampiamente accolta nella generalità degli atti dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato, identifica nella residenza abituale del

¹⁹ Secondo quanto affermato nel considerando n. 25 del preambolo del regolamento, in base a questa disposizione le norme del regolamento potrebbero trovare applicazione a un responsabile del trattamento che sia stabilito all'interno di una rappresentanza diplomatica o posto consolare di un paese membro ubicati in un paese terzo, ipotesi abbastanza singolare ove non la si intenda riferire al trattamento dei dati personali effettuato dagli uffici stessi della rappresentanza diplomatica o del posto consolare per l'esercizio delle loro funzioni. Si veda in proposito CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation*, cit., p. 660, il quale rileva che l'ambito di applicazione del regolamento si estende fino ai limiti più esterni della giurisdizione statale consentiti dal diritto internazionale.

²⁰ Corte di giustizia UE, sent. 25 ottobre 2011, cause riunite C-509/09 e C-161/10, *e-Date Advertising GmbH c. X, Martinez c. MGN Ltd*, in *Raccolta*, 2011, p. I-10269 ss.; in proposito, si vedano O. FERACI, *Diffamazione internazionale a mezzo di Internet: quale foro competente? Alcune considerazioni sulla sentenza eDate*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 461 ss.; G. GUIZIOU, nota in *Journal du droit international*, 2012, p. 201 ss.; S. MARINO, *La violazione dei diritti della personalità nella cooperazione giudiziaria civile europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 363 ss.; E. GABELLINI, *La competenza giurisdizionale nel caso di lesione di un diritto della personalità attraverso Internet*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, p. 271 ss.; si rimanda anche a F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, 2013, p. 26 ss. Si vedano anche, da ultimo, nel senso di ritenere applicabile, con alcuni temperamenti, la soluzione accolta nel caso *eDate* nell'ipotesi in cui a lamentare una lesione dell'onore o della reputazione per effetto di notizie pubblicate su un sito Internet sia una persona giuridica e l'azione di questa sia volta principalmente ad ottenere la rimozione delle notizie diffamatorie dal sito ospitante, le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, presentate il 13 luglio 2017, relativamente alla causa C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ c. Svensk Handel AB*, ECLI:EU:C:2017:554, su cui A. BIZER, *Opinion of Advocate General Bobek on jurisdiction in cases concerning violations of personality rights on the Internet (Bolagsupplysningen, C-194/16)*, scritto pubblicato su www.conflictoflaws.net, 3 agosto 2017.

soggetto²¹. Si deve nondimeno sottolineare che la stessa Corte di giustizia nella sentenza *eDate* ha avuto modo di precisare che la coincidenza del centro degli interessi della persona che si pretende lesa dalla violazione dei propri diritti della personalità per effetto della pubblicazione di informazioni su un sito Internet con la sua residenza abituale non costituisce un dato irrefutabile, ben potendo tale centro degli interessi essere collocato, a seconda delle circostanze, nel luogo di prevalente localizzazione dell'attività professionale del soggetto che si pretende lesa, il quale potrebbe essere ubicato in un paese membro diverso da quello della residenza abituale²².

16. Inevitabilmente, l'opzione che l'art. 79, par. 2, del regolamento n. 2016/679 prevede a favore del foro dello Stato membro della residenza abituale del titolare dei dati si presta alla medesima obiezione che è stata rivolta al foro del centro degli interessi della persona che si pretenda vittima di una violazione della *privacy* o di altro diritto della personalità, contemplato dalla Corte di giustizia nell'interpretazione del criterio speciale oggi contenuto nell'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1215/2012 accolta nella sentenza *eDate*. Tale obiezione riguarda il rischio di pregiudicare eccessivamente, a favore del soggetto che si pretenda lesa, la parità delle armi tra i litiganti, che è parte integrante del diritto all'equo processo tutelato dall'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, trattandosi dell'applicazione, nell'un caso come nell'altro, di un atto dell'Unione europea, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali²³. A questo proposito, possono venire in considerazione le giustificazioni già addotte dalla Corte di giustizia nella sentenza appena evocata, le quali si incentravano essenzialmente sulla particolare attitudine pregiudizievole della diffusione di informazioni tramite Internet, attesa la grande facilità ed immediatezza con la quale esse possono essere consultate da utenti situati in diverse parti del mondo²⁴.

17. Queste considerazioni, peraltro, sono trasponibili solo in parte al contesto della tutela dei dati personali apprestata dal regolamento n. 2016/679, considerato che questa presenta una portata generale ed è pertanto destinata ad applicarsi indipendentemente dal mezzo attraverso il quale possa essere arrecata una lesione ai diritti che il regolamento conferisce al titolare dei dati. Inoltre, deve rilevarsi che la scelta che è offerta al titolare dei dati – e a lui soltanto data l'ottica nella quale è concepita la norma dell'art. 79, par. 2, del regolamento – tra due possibili fori alternativi, dei quali il secondo presenta un evidente legame di stretta prossimità con la sua personale sfera giuridica, si inserisce pienamente nella

²¹ Si veda in proposito P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights*, cit., p. 101 ss. Nel senso per cui, problematicamente, il criterio in questione potrebbe coesistere col criterio del centro degli interessi del titolare dei dati derivante dall'art. 7.2 del regolamento Bruxelles I-bis secondo l'interpretazione datane nella sentenza *eDate*, per cui tale centro potrebbe anche materialmente non coincidere ed essere potenzialmente ubicato in un paese membro diverso da quello della residenza abituale del soggetto in questione, CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation*, cit., p. 669 s.

²² Corte di giustizia UE, sent. 25 ottobre 2011, *e-Date Advertising GmbH c. X, Martinez c. MGN Ltd*, cit., par. 49. Si vedano ulteriormente, quanto alla problematica insita nella localizzazione del centro degli interessi della persona che si pretende lesa da una violazione del proprio diritto all'onore o alla reputazione commessa a mezzo di informazioni pubblicate su un sito Internet, con particolare, ma non esclusivo, riferimento all'ipotesi in cui il soggetto che si pretende lesa sia una persona giuridica, le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 13 luglio 2017 relative alla causa *Bolagsupplysningen OÜ c. Svensk Handel AB*, cit., par. 99 ss.

²³ Si rimanda alle considerazioni svolte in F. MARONGIU BUONAIUTI, *La tutela del diritto di accesso alla giustizia e della parità delle armi tra i litiganti*, cit., p. 348 ss.

²⁴ Corte di giustizia UE, sent. 25 ottobre 2011, *e-Date Advertising GmbH c. X, Martinez c. MGN Ltd*, cit., par. 45 ss.; si vedano anche, sulla scia della sentenza *eDate*, le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 13 luglio 2017 relative alla causa *Bolagsupplysningen OÜ c. Svensk Handel AB*, cit., par. 74 ss., nelle quali l'Avvocato generale, nel confermare la pertinenza del criterio del centro degli interessi della persona che si pretende lesa da una violazione dei propri diritti della personalità per effetto di informazioni pubblicate tramite Internet, propone nondimeno un ridimensionamento dell'ampiezza del ventaglio di fori alternativi offerto alla persona che si pretende lesa da una tale violazione, propendendo per l'esclusione della soluzione basata sulla c.d. *Mosaikbetrachtung*, che era stata concepita nella precedente sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1995, in causa C-68/93, *Shevill c. Presse Alliance SA*, in *Raccolta*, 1995, p. I-415 ss., in relazione a casi di diffamazione a mezzo stampa, per la quale in alternativa ai giudici del luogo in cui ha sede l'editore della pubblicazione diffamatoria il soggetto lesa avrebbe potuto agire anche negli ulteriori Stati membri in cui la pubblicazione sia stata diffusa, limitatamente ai danni verificatisi in tali Stati membri. Ciò in quanto, in relazione ad informazioni pubblicate su un sito Internet, è difficilmente praticabile un controllo attendibile della diffusione delle informazioni pubblicate in paesi membri diversi ed è similmente difficile una conseguente quantificazione dei danni prodotti per effetto di tale diffusione in un paese piuttosto che in un altro.

logica d'insieme del regolamento, consistente nel perseguimento dell'obiettivo di garantire un elevato livello di tutela dei diritti del titolare dei dati²⁵. In proposito, oltre al rilievo per il quale la norma in questione si presenta espressamente come una specificazione delle modalità di attuazione del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo che è riconosciuto al titolare dei dati dal par. 1 della stessa disposizione dell'art. 79 del regolamento, deve essere rilevato come l'ampiezza della tutela offerta sul piano processuale dalla norma in esame riflette l'ampiezza della tutela che al titolare dei dati è offerta sul piano sostanziale dalla disciplina uniforme che il regolamento stesso introduce.

18. Particolarmente indicativa di tale ampiezza si presenta la disposizione di cui all'art. 82 del regolamento n. 2016/679, la quale prevede, al par. 1, il diritto del titolare dei dati al risarcimento dei danni materiali e immateriali da parte del titolare ovvero del responsabile del trattamento dei dati, dettando ai paragrafi successivi un regime autonomo di responsabilità relativamente a tali soggetti. In particolare, il par. 2 della norma contempla un regime particolarmente rigoroso per il primo di questi due soggetti, qualificabile in termini di responsabilità oggettiva, prevedendo che il titolare del trattamento risponda del danno cagionato al titolare dei dati personali per effetto di un trattamento dei dati in modalità non conforme a quanto previsto dal regolamento, laddove un regime più ristretto è previsto dalla disposizione in esame per l'insorgere della responsabilità del responsabile del trattamento, il quale potrà essere chiamato a rispondere per i danni causati dal trattamento dei dati personali unicamente in presenza di violazioni di obblighi specificamente posti dal regolamento in capo ai responsabili del trattamento ovvero in caso di violazione di istruzioni specificamente date dal titolare dei dati in ordine al trattamento dei dati stessi. Ugualmente nell'ottica, espressamente dichiarata nel par. 4 della norma, di garantire al titolare dei dati un effettivo ristoro dei danni subiti in conseguenza di violazioni della disciplina posta dal regolamento, i successivi paragrafi della norma pongono a carico del titolare ovvero del responsabile del trattamento l'onere di provare che l'evento dannoso non è a loro imputabile, e stabiliscono un regime di responsabilità solidale per i casi di violazioni imputabili a una pluralità di titolari ovvero di responsabili del trattamento, oppure a uno o più titolari e a uno o più responsabili del trattamento allo stesso tempo²⁶.

(D) l'imperatività della tutela del titolare dei dati come giustificazione sistematica dell'opzione a favore del foro della sua residenza abituale.

19. La particolare imperatività della tutela del titolare dei dati personali che ispira la disciplina recata dal regolamento è ulteriormente sottolineata, tra l'altro, dai rigidi limiti che il regolamento stesso pone alla possibilità per un titolare o responsabile del trattamento, la cui attività ricada nell'ambito territoriale ovvero personale di applicazione della disciplina da questo recata, di sottrarsi alla sua applicazione. Rileva in questo senso particolarmente la disposizione dell'art. 48 del regolamento, la quale, con un approccio che si rivela peraltro eccessivamente rigido e massimalista, esclude il riconoscimento di decisioni giudiziarie o adottate da autorità amministrative di Stati terzi, che richieda al titolare o al responsabile del trattamento di trasferire o rivelare dati personali, in assenza di un accordo internazionale in vigore tra lo Stato in questione e l'Unione europea o un suo Stato membro, salvo che il regolamento stesso disponga diversamente.

20. La norma, che sottolinea il carattere anche internazionalmente imperativo della disciplina recata dal regolamento, in quanto non consente che la sua applicazione possa essere esclusa, relativamente a situazioni ricadenti nel suo ambito di applicazione, per effetto dell'applicazione di una disciplina potenzialmente non corrispondente da parte di un giudice di un paese terzo²⁷, appare peraltro criti-

²⁵ Secondo quanto osservato anche da P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights*, cit., p. 97 s.

²⁶ Si veda in proposito CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation*, cit., p. 672.

²⁷ Si veda ancora CH. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation*, cit., p. 661 s., con riferimento a un'affermazione in questo senso, riferita alla precedente disciplina di cui alla direttiva 95/46/CE, contenuta nella già citata sentenza della Corte di giustizia UE, 13 maggio 2014, in causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc*, cit., par. 58, nonché all'affermazione da parte della Corte del carattere internazionalmente imperativo della disciplina comunitaria protettiva dei

cabile nell'approccio adottato. Infatti, facendo riferimento unicamente al dato formale della presenza o meno di un accordo con lo Stato terzo da cui la decisione provenga, non attribuisce alcuna rilevanza agli *standards* di tutela dei dati personali in vigore nello Stato terzo in questione, ovvero previsti dalla legge di cui i giudici di tale Stato abbiano fatto applicazione, che potrebbero non necessariamente rivelarsi deteriori rispetto a quelli previsti dal regolamento, a prescindere dall'esistenza di alcun accordo con lo Stato terzo che viene in considerazione.

III. Le disposizioni concernenti la sospensione delle azioni in caso di procedimenti paralleli, in rapporto alla disciplina in materia di litispendenza e connessione c.d. privativa nel regolamento "Bruxelles I-bis".

21. Il regolamento n. 2016/679, oltre a dettare proprie specifiche regole di giurisdizione per le azioni introdotte dai titolari dei dati personali nei confronti dei titolari ovvero dei responsabili del trattamento, prevede, nello stesso capitolo VIII, proprie apposite disposizioni sul coordinamento tra azioni parallele che possano essere introdotte in base alle regole di giurisdizione contenute nel regolamento stesso. Non diversamente da queste ultime regole, anche le norme concernenti il coordinamento tra azioni parallele riflettono in larga parte, pur in assenza, anche in questo caso, di alcun riferimento espresso, il modello offerto dalle regole in materia di litispendenza e di connessione privativa contenute nel regolamento n. 1215/2012 o "Bruxelles I-bis", e già, salve alcune varianti, nel previgente regolamento n. 44/2001 o "Bruxelles I" ed ancor prima nella Convenzione di Bruxelles del 1968²⁸.

22. Anche in questo caso, la presenza di specifiche regole in materia all'interno del regolamento n. 2016/679 appare precludere, conformemente alla regola generale contenuta nell'art. 67 del regolamento "Bruxelles I-bis" e richiamata, come già rilevato, nel considerando n. 147 del preambolo del regolamento in esame, l'applicazione delle omologhe disposizioni contenute nel regolamento n. 1215/2012²⁹. Pur sempre, se con riferimento alle regole di giurisdizione propriamente intese la non piena corrispondenza delle regole contenute nel regolamento n. 2016/679 alle regole proprie del regolamento "Bruxelles I-bis", nell'interpretazione che ne è stata data dalla Corte di giustizia, può trovare giustifica-

diritti degli agenti commerciali indipendenti contenuta nella nota sentenza del 9 novembre 2000, in causa C-381/98, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, in *Raccolta*, 2000, p. I-9305 ss., par. 25.

²⁸ Sulle quali ci si permette di rinviare a F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 110 ss.; ID., *Lis pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters Within the European Judicial Area*, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 11 (2009), p. 511 ss., spec. p. 517 ss. e, per un sintetico quadro delle modifiche introdotte in proposito dal regolamento n. 1215/2012 o "Bruxelles I-bis", ID., *Per una prima lettura del regolamento «Bruxelles I-bis»: il regime della litispendenza e della connessione privativa*, scritto pubblicato il 19 dicembre 2012 su <http://aldricus.com>.

²⁹ Si vedano, per una diversa interpretazione che fa leva, tra l'altro, sul considerando n. 144 del preambolo del regolamento n. 2016/679, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (I): cuestiones de competencia*, cit., p. 4; P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights*, cit., p. 105 ss. In proposito, il considerando in questione, nel fare riferimento ad un'autorità giurisdizionale che sia adita di un'azione esperita nei confronti di una decisione di un'autorità di controllo, appare presentare un difetto di coordinamento col testo del regolamento, dal momento che l'art. 81, nei termini generali in cui è formulato e nella finalità, che con evidenza persegue, di evitare lo svolgimento di procedimenti paralleli, non appare giustificare una limitazione della sua portata ai soli casi in cui il giudice successivamente adito sia investito di un'azione o, piuttosto, di un ricorso avverso una decisione sfavorevole di un'autorità nazionale di controllo. Inevitabilmente, ed indipendentemente dall'indicazione più restrittiva che appare emergere dal considerando n. 144 del preambolo – il quale, in quanto sprovvisto di efficacia vincolante, non è atto a prevalere sull'ampiezza della formulazione adottata nell'art. 81 del regolamento – il problema del coordinamento tra procedimenti paralleli pendenti innanzi a giudici di Stati membri diversi appare suscettibile di porsi altrettanto, ed anzi più verosimilmente, nei rapporti tra azioni parallele nei confronti di un titolare o responsabile del trattamento. Peraltro, relativamente alle azioni avverso decisioni delle autorità nazionali di controllo il regolamento stesso, all'art. 78, par. 3, prevede una competenza funzionale dei giudici dello Stato membro in cui l'autorità siede, ed è quindi difficile che azioni aventi lo stesso oggetto relativamente al trattamento dei dati da parte del medesimo titolare o responsabile del trattamento, come richiesto dalla norma, possano pendere davanti a giudici di uno Stato membro diverso da quello in cui la decisione dell'autorità di controllo è impugnata, posto che, per definizione, l'oggetto del giudizio di impugnazione di una decisione dell'autorità di controllo è da identificarsi con la legittimità della decisione stessa, che non può che essere valutata dai giudici dello Stato membro in cui l'autorità che la ha emessa ha sede.

zione, come si è rilevato, nella specifica finalità perseguita dal regolamento sulla tutela dei dati personali di garantire quanto più ampiamente al titolare dei dati personali l'accesso ad una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciutigli dal regolamento stesso³⁰, la medesima *ratio* non appare giustificare altrettanto adeguatamente l'adozione di disposizioni specifiche in punto di coordinamento tra procedimenti paralleli. Queste appaiono, ad un più attento esame, discostarsi sotto diversi aspetti, rivelando per di più una certa imprecisione nei termini in cui sono redatte, dal modello offerto dalle disposizioni contenute allo stesso fine nel regolamento "Bruxelles I-bis", il nucleo essenziale delle quali, tratto dal precedente regolamento "Bruxelles I", figura recepito in termini corrispondenti anche all'interno di altri regolamenti adottati in diversi ambiti nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile³¹.

23. In concreto, i profili di differenziazione della disciplina del coordinamento tra azioni parallele contenuta nel regolamento n. 2016/679 rispetto al modello offerto dal regolamento "Bruxelles I-bis" ovvero dal previgente regolamento "Bruxelles I" non appaiono affatto trascurabili e possono fare legittimamente sorgere qualche dubbio in ordine alla effettiva rispondenza di tali differenziazioni, suscettibili di tradursi in incertezze e difficoltà di ordine pratico per i giudici chiamati ad applicare le regole in questione, alla già richiamata finalità di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei titolari dei dati protetti dal regolamento. Essenzialmente, come è noto, il regolamento "Bruxelles I-bis", come già il precedente regolamento "Bruxelles I" e i regolamenti che in proposito ne hanno seguito il modello – il regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, il regolamento n. 650/2012 in materia di successioni, i regolamenti n. 2016/1103 e 2016/1104 in materia, rispettivamente, di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate³², una soluzione lievemente diversa essendo invece seguita dal regolamento n. 2201/2003 o "Bruxelles II-bis" in materia matrimoniale e di potestà genitoriale³³ – distinguono, in materia di coordinamento tra procedimenti paralleli, le due ipotesi della litispendenza e della connessione. Di queste, la prima, benché con la flessibilità fatta propria dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza³⁴, presuppone una completa identità delle due domande, basata sulla comunanza di oggetto, di titolo e di parti, mentre la seconda presuppone che tra le due azioni, benché non identiche, sussistano degli elementi comuni, atti a far sorgere l'opportunità di una trattazione e

³⁰ Si rimanda a quanto osservato *supra*, II.B.

³¹ Appare condivisibile in proposito quanto osservato da P. DE MIGUEL ASENSIO, *Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (I): cuestiones de competencia*, p. 3 s. e da P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights*, cit., p. 105 ss., nel senso che in presenza di regole sul coordinamento tra procedimenti paralleli ampiamente conosciute dai professionisti e dai giudici dei paesi membri, come quelle contenute attualmente nel regolamento "Bruxelles I-bis", non appare come una scelta opportuna quella compiuta dal legislatore dell'Unione di affiancare ad esse regole ulteriori, formulate per di più in termini meno precisi di quelle contenute in quest'ultimo regolamento.

³² Si veda, nel senso dell'emersione di un *corpus* di regole comuni su questioni generali attinenti all'applicazione delle regole di giurisdizione, le quali sono presenti in termini corrispondenti nei diversi atti adottati nei vari ambiti ricadenti nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, H. GAUDEMET-TALLON, *Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions*, in G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD (eds), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, 2013, p. 127 ss., spec. p. 136, la quale le riunisce sotto la definizione di "règles procédurales concernant la compétence".

³³ In proposito, l'art. 19 del regolamento n. 2201/2003 o "Bruxelles II-bis" reca una disciplina distinta dei presupposti della litispendenza per i procedimenti in materia matrimoniale, relativamente ai quali sono equiparati ai fini della litispendenza i procedimenti di separazione personale, di divorzio e di annullamento del matrimonio relativi ai medesimi coniugi, fenomeno icasticamente definito nella relazione esplicativa della Convenzione detta di "Bruxelles II" che è all'origine della disciplina contenuta nel regolamento, redatta da A. Borrás, in *G.U.C.E.*, C 221 del 16 luglio 1998, p. 27 ss., par. 54, come "falsa litispendenza", e per i procedimenti in materia di potestà genitoriale, relativamente ai quali ai fini della litispendenza è richiesta l'identità di oggetto e di titolo e il trattarsi di procedimenti relativi alla protezione del medesimo minore. In considerazione della maggiore ampiezza dei presupposti della litispendenza contemplati relativamente alle due materie oggetto del regolamento, questo non reca una disposizione autonoma relativa alla connessione privativa analoga a quella presente negli altri regolamenti.

³⁴ A cominciare dalle ben note sentenze dell'8 dicembre 1987, in causa 144/86, *Gubisch Maschinenfabrik c. Palumbo*, in *Raccolta*, 1987, p. 4861 ss. e del 6 dicembre 1994, in causa C-406/92, *Tatry*, in *Raccolta*, 1994, p. I-5439 ss., nelle quali la Corte di giustizia aveva ritenuto necessario dare un'interpretazione ampia dei presupposti dell'identità di oggetto e di titolo delle due domande allo scopo di assicurare nella maggior misura del possibile la prevenzione del contrasto tra giudicati, da identificarsi come finalità principe della regola in materia di litispendenza internazionale contenuta al tempo nella Convenzione di Bruxelles del 1968. Si rimanda in proposito a F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 291 ss.; *Id.*, *Lis pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters Within the European Judicial Area*, cit., p. 528 ss.

decisione unica al fine di evitare risultati incompatibili³⁵. Il regolamento sulla tutela dei dati personali appare accogliere, invece, nell'art. 81 un modello ibrido, basato sulla sola identità dell'oggetto delle due domande, senza un riferimento espresso all'ulteriore presupposto oggettivo della litispendenza europea costituito dall'identità di titolo, salvo quest'ultimo requisito sia da ritenersi implicito nella pur non chiarissima formulazione adottata dalla norma, che fa riferimento ad «azioni riguardanti lo stesso oggetto relativamente al trattamento [*scil.*: da parte] dello stesso titolare del trattamento o dello stesso responsabile del trattamento», ciò che potrebbe consentire di identificare nel trattamento dei dati, da cui le due o più domande pendenti traggono origine, il titolo la cui identità potrebbe ritenersi presupposta dalla norma³⁶. L'incompleta identità delle domande al cui coordinamento la norma tende emerge anche sotto il profilo soggettivo, dal momento che essa richiede la sola identità del titolare ovvero del responsabile del trattamento, da identificarsi in linea di principio con la parte convenuta di ciascuna delle azioni concorrenti, stante la logica unilaterale che ispira le regole sulla giurisdizione contenute nel regolamento, le quali, come già rilevato, prendono in considerazione unicamente le azioni dei titolari dei dati nei confronti dei titolari o dei responsabili del trattamento, e non viceversa, e così neanche le azioni che possano eventualmente sorgere tra titolari e responsabili del trattamento nei loro reciproci rapporti³⁷.

24. Peraltro, appare il caso di osservare che l'irrelevanza dell'identità del titolare dei dati al fine dell'applicazione del meccanismo di coordinamento tra procedimenti paralleli previsto dal regolamento sulla protezione dei dati personali potrebbe considerarsi andare di pari passo con il ruolo particolarmente ampio che il regolamento stesso, all'art. 80, riserva in sede processuale ad organismi attivi nel settore della promozione della tutela dei dati personali, i quali potranno agire sia, ai sensi del par. 1 della norma ora evocata, per conto del titolare dei dati, sia, ai sensi del par. 2 della norma stessa, a tutela di un interesse diffuso alla regolarità del trattamento dei dati personali, indipendentemente da un mandato ricevuto dal titolare dei dati, a condizione che la legge dello Stato membro del foro lo preveda. Inoltre, appare doversi osservare che, nell'economia della materia considerata, è da ritenersi tendenzialmente più verosimile che un'esigenza di coordinamento possa sorgere tra procedimenti paralleli riguardanti violazioni delle disposizioni del regolamento in esame da parte di un determinato titolare o responsabile del trattamento, il quale, ove segua delle modalità di trattamento dei dati non compatibili con le disposizioni del regolamento, è suscettibile di reiterare le medesime violazioni nei confronti di una pluralità di titolari di dati personali, piuttosto che tra azioni proposte da un medesimo titolare dei dati nei riguardi di diversi titolari o responsabili del trattamento, posto che, ove azioni di quest'ultimo tipo si riferiscano al medesimo trattamento imputabile a più soggetti in veste di titolari ovvero di responsabili, il rimedio è, come già si è osservato, per un verso offerto a livello sostanziale dalle disposizioni stesse del regolamento³⁸ e, per altro verso, da cercarsi *ex ante* e precisamente nel meccanismo del cumulo soggettivo contemplato dall'art. 8, par. 1, del regolamento "Bruxelles I-bis"³⁹.

³⁵ Secondo la definizione attualmente contenuta nell'art. 30, par. 3, del regolamento n. 1215/2012 o "Bruxelles I-bis" e, in termini corrispondenti, nelle analoghe disposizioni contenute negli altri regolamenti che contemplano il medesimo meccanismo della connessione privativa.

³⁶ Può considerarsi deorre in questo senso il riferimento allo stesso titolo che compare nel considerando n. 144 del preambolo del regolamento, malgrado questo, evidenziando nuovamente una notevole imprecisione nella formulazione, lo ponga in alternativa rispetto al requisito dell'identità dell'oggetto, chiaramente posto dalla lettera dell'art. 81 del regolamento.

³⁷ Secondo quanto si è già avuto modo di rilevare *supra*, II.A, la competenza giurisdizionale relativamente alle azioni proposte da questi altri soggetti deve ritenersi disciplinata dalle regole generali contenute nel regolamento n. 1215/2012 o "Bruxelles I-bis", secondo la *ratio* dell'art. 67 di quest'ultimo regolamento che risulta seguita anche dal preambolo del regolamento n. 2016/679, al considerando n. 147. Come si vedrà *infra*, par. 27, per la medesima *ratio* le regole in materia di litispendenza e connessione contenute nel regolamento Bruxelles I-bis troveranno applicazione nei rapporti tra azioni proposte da soggetti diversi dai titolari dei dati personali e tra queste e le azioni proposte dai titolari dei dati in base al regolamento in esame.

³⁸ Si deve ricordare, a questo proposito, che l'art. 82, par. 4, del regolamento n. 2016/679 prevede in ipotesi di questo tipo un regime di responsabilità solidale tra i diversi titolari ovvero responsabili del trattamento, per cui, per quanto attiene alle azioni di carattere risarcitorio, il titolare dei dati può dispensarsi dall'agire parallelamente nei confronti dei diversi soggetti, titolari ovvero responsabili del trattamento, cui la violazione sia imputabile, potendo invocare da uno solo di essi il risarcimento dell'intero danno patito. Naturalmente, questo meccanismo non è invocabile nel caso in cui il titolare dei dati richieda altro genere di provvedimenti, come la cancellazione o la rettifica dei dati oggetto del trattamento, dato che in questi casi dovrà agire nei confronti di ciascun titolare o responsabile del trattamento che detenga i dati in questione.

³⁹ Si veda *supra*, II.A. Deve peraltro ricordarsi che anche ai fini della litispendenza nel sistema del regolamento "Bruxelles

25. A ben vedere, il meccanismo di coordinamento tra procedimenti paralleli adottato dal regolamento sulla tutela dei dati personali presenta maggiore affinità con la disciplina della connessione privativa, propria del regolamento “Bruxelles I-bis” come già del precedente “Bruxelles I”, piuttosto che con quella della litispendenza⁴⁰. Infatti, come chiaramente risulta dal par. 3 della norma dell’art. 81 del regolamento in esame, essa, coerentemente con la già accennata piuttosto ampia identificazione dei requisiti per la sua applicazione, presuppone la solo parziale identità delle due domande. Ciò è reso evidente dal fatto che, a seguito della sospensione disposta dal giudice successivamente adito – la quale, analogamente a quanto avviene in caso di connessione ai sensi dell’art. 30 del regolamento “Bruxelles I-bis” e delle disposizioni corrispondenti degli altri regolamenti ispirati allo stesso modello, è meramente discrezionale – il giudice che ha sospeso il procedimento possa, a domanda di parte, declinare la propria giurisdizione unicamente quando entrambi i procedimenti siano pendenti in primo grado e il giudice adito per primo sia competente a conoscere delle due domande e la sua legge ne consenta la riunione in unico procedimento. Tali requisiti, come è noto, sono posti in termini corrispondenti ai fini di una declinatoria per connessione nella disciplina recata dal regolamento “Bruxelles I-bis”, come già dal precedente regolamento “Bruxelles I”, e trovano per l’appunto giustificazione nella non piena identità delle domande pendenti innanzi a giudici di Stati membri diversi⁴¹.

26. Per quanto, rispetto alla disciplina contenuta nel regolamento “Bruxelles I-bis” in materia, rispettivamente, di litispendenza e di connessione privativa, la disciplina del coordinamento tra procedimenti paralleli contenuta nel regolamento in materia di dati personali presenti evidenti caratteri di specialità che, conformemente alla regola generale di cui all’art. 67 del primo regolamento, comportano l’esclusione dell’applicazione della disciplina dettata da questo in tutti i casi in cui è applicabile quella contenuta in un regolamento avente ad oggetto una materia particolare, nondimeno deve ritenersi che un qualche spazio sussista, proprio nello spirito della regola di coordinamento ora evocata, per un’integra-

I-bis” il requisito dell’identità delle parti è stato interpretato dalla Corte di giustizia con una certa flessibilità, rivestendo decisiva rilevanza in proposito l’identità delle posizioni giuridiche soggettive fatte valere, malgrado la formale non coincidenza delle parti costituite in ciascun procedimento: si veda, con riferimento ad un caso di surrogazione in base ad un contratto di assicurazione, Corte di giustizia CE, sent. 19 maggio 1998, in causa C-351/96, *Druot Assurances S.A. c. Consolidated Metallurgical Industries*, in *Raccolta*, 1998, p. I-3075 ss. Si vedano in proposito F. PERSANO, *Il rilievo della litispendenza internazionale nella Convenzione di Bruxelles del 1968: la nozione di «stesse parti»*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, p. 713 ss.; F. SEATZU, *The Meaning of «same parties» in Article 21 of the 1968 Brussels Jurisdiction and Judgments Convention*, in *European Law Review*, 1999, p. 540 ss.; si rimanda anche a F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 267, 269 ss.; ID., *Lis pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters Within the European Judicial Area*, cit., p. 543 ss. E’ il caso di richiamare a questo proposito, inoltre, la soluzione contemplata dall’art. 19, par. 2, del regolamento n. 2201/2003 o “Bruxelles II-bis”, nel quale, ai fini della litispendenza nei procedimenti relativi alla potestà genitoriale, per quanto riguarda l’identità soggettiva è fatto riferimento unicamente all’identità del minore della cui protezione si discute, indipendentemente dall’identità delle parti del procedimento, ciò che trova giustificazione sia, da un punto di vista sostanziale, nella centralità dell’interesse del minore nell’economia della materia considerata, sia, da un punto di vista procedurale, nella struttura dei procedimenti in materia, che possono sovente presentare carattere di volontaria giurisdizione. Si rimanda a quanto osservato in F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 275 s.; ID., *Lis pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters Within the European Judicial Area*, cit., p. 545 s.

⁴⁰ Il considerando n. 144 del preambolo del regolamento n. 2016/679, del quale già si è rilevata, peraltro, la non del tutto felice formulazione, indica, infatti, i procedimenti paralleli oggetto del meccanismo di coordinamento in esame come connessi, richiamando per di più in proposito la definizione contenuta nell’art. 30 del regolamento Bruxelles I-bis, pur senza fare espreso riferimento a quest’ultima disposizione.

⁴¹ Tali requisiti sono volti infatti ad assicurare, in presenza di azioni non identiche e quindi non intrinsecamente in grado di soddisfare ciascuna l’esigenza di tutela giurisdizionale di cui è espressione l’altra, che non si abbia per un verso a verificare il salto di un grado di giurisdizione, come potrebbe avvenire ove la causa innanzi al giudice successivamente adito penda in primo grado mentre l’altra innanzi al giudice precedentemente adito penda in appello o persino in ultima istanza innanzi a un giudice di legittimità, e per altro verso che non si verifichi un diniego di giustizia, ove il giudice precedentemente adito a favore del quale sia disposta la declinatoria non sia competente a conoscere della domanda proposta all’altro giudice. Il requisito per il quale la legge del giudice precedentemente adito deve consentire la riunione dei procedimenti è da intendersi volto per un verso a non vanificare il perseguimento dell’obiettivo della concentrazione dei procedimenti e per altro verso a rispettare l’autonomia procedurale dei singoli Stati membri, non imponendo ai giudici di dover far luogo a una riunione dei procedimenti in circostanze nelle quali le proprie norme di diritto processuale interno non lo consentirebbero. Ci si permette di rinviare in proposito a F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 469 ss.; ID., *Lis pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters Within the European Judicial Area*, cit., p. 527 s.

zione della disciplina recata dal regolamento sulla protezione dei dati personali per quanto attiene agli aspetti che quest'ultima non regola espressamente e che trovano invece regolamentazione nella disciplina del coordinamento tra procedimenti paralleli contenuta nel regolamento "Bruxelles I-bis", con particolare riferimento alla determinazione del momento iniziale del procedimento, oggetto dell'art. 32 di quest'ultimo regolamento. La norma in questione reca a questo proposito una disciplina generalmente recepita in termini corrispondenti, salve alcune marginali precisazioni, in tutti gli altri regolamenti adottati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che recano regole ispirate al medesimo modello⁴².

27. Inoltre, sempre nella stessa ottica di sostanziale complementarità della disciplina in qualche misura generale recata dal regolamento "Bruxelles I-bis" rispetto alla disciplina speciale recata dal regolamento sulla protezione dei dati personali, deve ritenersi che la disciplina del coordinamento tra procedimenti paralleli recata dal primo regolamento, nelle due distinte ipotesi della litispendenza e della connessione privativa da essa contemplate, debba trovare applicazione nei casi che fuoriescono dall'ambito di applicazione delle disposizioni recate in proposito dal regolamento sulla protezione dei dati personali, posto che in tali casi l'applicazione dell'ordinaria disciplina della litispendenza e della connessione privativa recata dal regolamento "Bruxelles I-bis" non si rivelerebbe in grado di pregiudicare l'applicazione della disciplina speciale contenuta nell'art. 81 del regolamento sulla protezione dei dati personali. Quest'ultima, infatti, dovendo essere letta in stretto coordinamento con le regole di giurisdizione contenute nel medesimo capitolo del regolamento n. 2016/679, deve ritenersi applicabile unicamente alle situazioni di concorso tra più azioni introdotte sulla base di tali disposizioni⁴³.

IV. Considerazioni conclusive: un'occasione mancata per un più efficace coordinamento tra atti adottati in settori diversi nell'ambito delle politiche materiali dell'Unione europea.

28. L'esame che si è svolto delle disposizioni in materia di giurisdizione contenute nel regolamento n. 2016/679 in materia di protezione delle persone fisiche relativamente al trattamento dei dati

⁴² Tale disciplina, inserita inizialmente nell'art. 30 del regolamento n. 44/2001 o "Bruxelles I" allo scopo di ovviare quantomeno tendenzialmente ai problemi insiti nella diversità delle discipline processuali nazionali, evidenziati, nel silenzio della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul punto, dalla Corte di giustizia CE, sent. 7 giugno 1984, in causa 129/83, *Zelger c. Salinitri*, in *Raccolta*, 1984, p. 2397 ss., contempla come rilevante al fine dell'adizione di un giudice il compimento del primo atto processuale rilevante, da identificarsi, a seconda delle modalità introduttive del giudizio previste dalla legge processuale del foro, col deposito dell'atto introduttivo presso l'ufficio del giudice, ovvero, ove la notifica al convenuto debba precedere il deposito, con la consegna dell'atto all'autorità competente per la notificazione. L'art. 32 del regolamento n. 1215/2012 o "Bruxelles I-bis" ha apportato alcune precisazioni, in realtà piuttosto tautologiche, alla regola, chiarendo che per autorità competente per la notificazione ai fini della regola debba intendersi la prima autorità che riceve l'atto da notificare – da identificarsi con la c.d. autorità mittente nel caso in cui la notificazione debba avere luogo in un paese diverso da quello del giudice adito – e disponendo che presso gli uffici giudiziari e le autorità competenti per la notificazione debba essere fatta annotazione delle date del deposito ovvero del ricevimento degli atti da notificare – ciò che è ragionevole attendersi avvenga già in base alle norme interne che di tali uffici e autorità disciplinano le funzioni – all'evidente fine di evitare incertezze nell'applicazione pratica della regola. Benché tali precisazioni non figurino nelle corrispondenti regole, ispirate al testo iniziale dell'art. 30 del regolamento n. 44/2001, sulla determinazione del momento iniziale della pendenza del giudizio, contenute negli altri regolamenti che recano regole in materia di litispendenza e di connessione privativa, esse si presentano sufficientemente ovvie da considerarsi implicite anche in tale ulteriori disposizioni: si rinvia in proposito, con particolare riferimento alla regola contenuta nell'art. 14 del regolamento n. 650/2012 in materia di successioni, a F. MARONGIU BUONAIUTI, *Article 14 – Seising of a Court*, in A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVI, H.-P. MANSEL (eds), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, p. 234 ss., spec. p. 237 s.

⁴³ Si rimanda in proposito alle considerazioni svolte *supra*, par. 22 e nota 29, nel senso che, malgrado l'indicazione più restrittiva contenuta nel considerando n. 144 del preambolo del regolamento, del quale già si è rilevata la scarsa chiarezza espositiva, la disciplina del coordinamento tra procedimenti paralleli di cui all'art. 81 del regolamento n. 2016/679 deve intendersi riferita non soltanto all'ipotesi in cui il procedimento innanzi al giudice successivamente adito presenti il carattere di un'azione, ovvero di un ricorso, avverso una decisione sfavorevole di un'autorità di controllo ai sensi dell'art. 78 del regolamento, bensì, data l'ampiezza della formulazione della norma e l'evidente *eadem ratio*, anche alle ipotesi in cui la previa pendenza di un procedimento parallelo che presenti i requisiti indicati nella norma sia rilevata da un giudice adito di un'azione rivolta contro un titolare o responsabile del trattamento ai sensi dell'art. 79. Si vedano invece, in aderenza all'interpretazione restrittiva qui criticata, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (I): cuestiones de competencia*, cit., p. 4; P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights*, cit., p. 105 ss.

personali evidenzia l'inadeguatezza del modo nel quale è stato affrontato il problema del coordinamento di tali disposizioni con la disciplina della competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale attualmente recata dal regolamento n. 1215/2012 o "Bruxelles I-bis". Infatti, oltre alle perplessità di ordine generale che sono suscitate dalla prassi sempre più diffusa negli atti legislativi dell'Unione europea di inserire nei preamboli degli atti, ormai frequentemente estesi tanto quanto, se non più, del testo normativo dell'atto stesso, statuizioni che vanno al di là della mera esplicitazione delle opzioni normative accolte nello strumento nel suo insieme o in sue singole disposizioni, configurandosi invece in molti casi nella sostanza come disposizioni integratrici del testo del regolamento⁴⁴, la scelta di limitare tale coordinamento al mero inserimento di un succinto considerando nel preambolo si rivela insoddisfacente alla luce della pluralità e varietà dei profili problematici posti dalle interrelazioni tra le disposizioni dei due regolamenti. Infatti, come già notato, il considerando n. 147 del preambolo del regolamento n. 2016/679 si limita nella sostanza a ripetere, senza nemmeno citarla espressamente, il contenuto della clausola di subordinazione, se così la si può chiamare mutuando la terminologia propria del diritto dei trattati, contenuta nell'art. 67 del regolamento "Bruxelles I-bis", per la quale, conformemente ad un criterio generale di specialità *ratione materiae*, le sue norme non pregiudicano l'applicazione delle regole di giurisdizione contenute in altri atti dell'Unione concernenti materie particolari⁴⁵.

29. Chiaramente, se l'adozione di una formulazione così ampia può trovare giustificazione nell'atto che relativamente alla ripartizione della giurisdizione tra i giudici degli Stati membri in materia civile e commerciale presenta portata generale, in quanto la clausola in questione si presenta destinata ad applicarsi nei confronti della generalità degli atti, esistenti o futuri, che contengano regole di giurisdizione in materie che, rispetto all'ambito considerato, presentano carattere particolare, essa si rivela invece inadeguata all'interno di un atto come il regolamento n. 2016/679, le cui regole di giurisdizione presentano per un verso l'accennato carattere di specialità *ratione materiae*, senza per altro verso presentare il grado di completezza e sistematicità che è proprio della disciplina più generale contenuta nel regolamento "Bruxelles I-bis". In queste circostanze, sarebbe stato invece opportuno inserire, alternativamente, nel testo delle singole disposizioni contenenti, rispettivamente, i criteri di giurisdizione ovvero la disciplina del coordinamento tra procedimenti paralleli, oppure in un'unica norma di chiusura collocata al termine del capitolo dedicato alla tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti dal regolamento n. 2016/679, specifiche disposizioni di coordinamento atte a chiarire in quali termini le regole in questione siano destinate ad essere integrate dalle disposizioni pertinenti del regolamento "Bruxelles I-bis". Inoltre, come già si è rilevato con riferimento alle regole concernenti il coordinamento tra procedimenti paralleli, la scelta di dettare in un atto che, nella parte pertinente, disciplina la giurisdizione in una materia particolare, regole largamente ispirate a quelle contenute nel regolamento "Bruxelles I-bis", ma che, pur sempre, se ne differenziano nei termini concreti in cui sono formulate, non appare, in assenza di evidenti ragioni di carattere sostanziale che giustifichino la differenziazione, foriero di chiarezza ed omogeneità della disciplina. Ben si potranno avere, infatti, come si è notato con specifico riferimento alle regole da ultimo evocate, situazioni ricadenti nella materia considerata nelle quali il coordinamento tra procedimenti paralleli verrà retto dalle disposizioni contenute nel regolamento concernente la materia in questione ed altre in cui troverà invece applicazione la disciplina generale contenuta nel regolamento "Bruxelles I-bis"⁴⁶.

30. Infine, non può farsi a meno di rilevare che l'inadeguatezza del modo nel quale nel regolamento n. 2016/679 è stato curato il coordinamento delle regole da esso introdotte in materia di giurisdizione e di rapporti tra procedimenti paralleli con la disciplina contenuta in proposito nel regolamento "Bruxelles I-bis" si rivela, in ultima analisi, suscettibile di ostacolare, a causa del quadro di incertezza

⁴⁴ Si vedano, per alcuni rilievi critici in ordine all'ampio uso dei preamboli degli atti adottati in temi recenti nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile allo scopo di integrare il testo con ulteriori statuizioni di valenza più precettiva che meramente esplicativa, A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, n. 2, p. 17, nota 55; ID., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, p. 23 s., nota 74.

⁴⁵ Si veda in proposito *supra*, II.A.

⁴⁶ Si rimanda a quanto osservato *supra*, III, spec. par. 27.

normativa nel quale tali norme si troveranno ad essere applicate, il perseguimento dell'obiettivo di assicurare al titolare dei dati personali una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciutigli dal regolamento stesso, che il legislatore dell'Unione ha per l'appunto inteso perseguire corredando la disciplina sostanziale contenuta nel regolamento di specifiche norme di giurisdizione per le azioni volte alla tutela dei diritti da esso garantiti⁴⁷. In attesa che opportuni chiarimenti con riguardo ai diversi profili di incertezza che si sono rilevati giungano dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, alla quale tali profili verranno prevedibilmente sottoposti, non può farsi a meno di manifestare l'impressione che l'introduzione nel regolamento sulla protezione delle persone fisiche relativamente al trattamento dei dati personali di un titolo apposito dedicato alla tutela giurisdizionale dei diritti abbia costituito un'occasione mancata per promuovere un maggiore e più accurato coordinamento dell'attività legislativa in settori differenti della sempre più vasta ed articolata sfera delle politiche materiali dell'Unione.

⁴⁷ Si veda *supra*, I, par. 2.

EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN Y EL PROBLEMA DE LOS DENOMINADOS “MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA” EN ESPAÑA

THE PHENOMENON OF IMMIGRATION AND THE PROBLEM OF THE DENOMINATED “CONVENIENCE MARRIAGES” IN SPAIN

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche*

Recibido: 09.06.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3882>

Resumen: Los “matrimonios de conveniencia”, fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener importancia en España, que ha pasado de ser “un país de emigración al extranjero”, a ser “un país receptor de ciudadanos que llegan de otros países para vivir aquí”. Mediante estos enlaces, no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos de regularizar su estancia en el país o de obtener de forma más fácil la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge.

Palabras clave: matrimonios de conveniencia, inmigración, ley de extranjería, control legal.

Abstract: “Marriages of convenience” is a very common problem in countries tied to high immigration and that begins to have enough importance in Spain, that has gone from being “a country of emigration abroad”, to being “a receiving country of citizens who come from other countries to live here”. Through the cover of this institution and generally for a price, a foreigner takes advantage of the benefits of marriage aiming to regularise his stay in the country or to obtain in an easier form the nationality of which will appear formally like its spouse.

Keywords: marriages of convenience, immigration, foreign law, legal control.

Sumario: I. Planteamiento: el auge de los matrimonios de conveniencia. II. Concepto de matrimonio de conveniencia. III. Matrimonio y nacionalidad española. IV. Matrimonio y Registro Civil español. V. Indicios de matrimonio de conveniencia. VI. Formas de combatir los matrimonios de conveniencia. VII. El control registral de la legalidad del matrimonio. VIII. El control judicial de la legalidad del matrimonio. IX. Los efectos del matrimonio y la Ley de Extranjería. X. Reflexiones finales.

I. Planteamiento: el auge de los matrimonios de conveniencia

1. Un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener bastante importancia en España, –que ha pasado de ser un país de emigración al extranjero, a ser un país receptor de ciudadanos que llegan de otros países para vivir aquí–, es el problema de los denominados “matrimonios de conveniencia”.

Mediante este tipo de enlaces, no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, asumir los derechos y las obligaciones que derivan del matrimonio, fundar una familia basada en el matrimonio, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y, generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos de regularizar su estancia en el país o de obtener de forma más fácil la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge.

2. Como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, “el verdadero objetivo de estos ‘matrimonios’ es obtener determinados ‘beneficios’ en materia de nacionalidad y extranjería (=adquisición veloz y privilegiada de la nacionalidad española, obtención de un permiso de residencia en España, reagrupamiento familiar, etc.)”¹. En este sentido, los jueces creen que mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende y, generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la entrada o regulación en territorio nacional u obtener con facilidad la nacionalidad del contrayente.

Al fin y al cabo, uno de los objetivos que se persiguen con un matrimonio de conveniencia es obtener los derechos propios del estado de casado sin las obligaciones que de esto deriva. Por ejemplo, una pensión de viudedad tras la muerte del cónyuge, o el arrendamiento de una vivienda. También existen beneficios en materia de Derecho de la nacionalidad o extranjería, como aquél en el que un español contrae matrimonio con un extranjero con el fin de que dicho extranjero pueda obtener un permiso para residir en España o para conseguir la nacionalidad española, sin que ninguno de los cónyuges pretenda llevar a cabo un proyecto de vida en común”². Por lo tanto, son una forma de fraude a las normas de Extranjería y Nacionalidad³.

3. De esta forma, en el presente trabajo trataremos de, tras concretar qué se entiende por “matrimonio de conveniencia”, para así, poder detenernos en el examen de los indicios de todo “matrimonio de conveniencia”, las posibles formas de combatirlos, así como el control registral y judicial (deseable) de la validez de estos matrimonios; finalmente, haremos hincapié en los efectos de estos matrimonios, la actual Ley de Extranjería española y la jurisprudencia más reciente representada por la STS de 6 de abril de 2017⁴.

II. Concepto de matrimonio de conveniencia

4. El crecimiento de los denominados “matrimonios de conveniencia” –aunque CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, prefieran hablar de “matrimonios de complacencia” o de “matrimonios blancos”, como hace la doctrina francesa, ya que “con ello se indica no que el matrimonio se ha celebrado “por conveniencia”, sino que estos matrimonios son, realmente, matrimonios simulados”⁵, llevó a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN) a dictar una Instrucción [de la DGRN], de 9 de enero de 1995, sobre el Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el Extranjero⁶. Con esta Instrucción, el instructor del expediente practica un interrogatorio por separado, y de modo reservado, para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial o, en su caso, para descubrir posibles fraudes. Es, en sí, un medio de control preventivo, pero que no permite erradicar todo matrimonio de conveniencia⁷.

¹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 120.

² Vid. R. ARENAS GARCÍA, “Algunos problemas relativos al reconocimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)”, disponible en <http://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf>, 2007.

³ Vid. B. AUDIT, *Droit International privé*, Economista, París, 3ª edición, 2000, p. 547.

⁴ STS de 6 de abril de 2017. Sala de lo Penal. RJ 2017/1486.

⁵ Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, citado, p. 121.

⁶ BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995.

⁷ M. P. DIAGO DIAGO, “Matrimonios de conveniencia”, *Actualidad Civil* n° 2, 1996, pp. 329-347, se refiere a la Instrucción de 9 de Enero de 1995, que tiene por objeto, dar mayor publicidad a unas normas contenidas en el Reglamento del Registro Civil, con

5. Ahora bien, si queremos dar un concepto de “matrimonio de conveniencia”, debemos esperar un par de años, a que el Consejo de la Unión Europea (en adelante, UE), en 1997, se ocupara de este fenómeno, mediante la Resolución del Consejo, de 4 de Diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra matrimonios fraudulentos⁸. Con arreglo a la presente Resolución se estableció que se entenderá por “matrimonio fraudulento”, el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro⁹.

Además, se señalaban como factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento, en particular, los siguientes: a) el no mantenimiento de la vida en común; b) la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; c) el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; d) el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos personales y profesionales –nombre, dirección, nacionalidad, trabajo–, sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; e) el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos; f) el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio –a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal–; o, g) el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

En este contexto, dichos factores, según señalaba, el Consejo de la UE, pueden desprenderse de declaraciones de los interesados o de terceras personas, informaciones que procedan de documentos escritos, o de datos obtenidos durante una investigación.

Así, cuando existieran factores que hicieran presuponer que nos encontrábamos ante un “matrimonio fraudulento”, sólo se expedirá una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes, según el Derecho nacional, que el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y, que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia.

Cuando las autoridades competentes según el Derecho nacional establezcan que el matrimonio es un matrimonio fraudulento, se retirará, revocará o no se renovará la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero¹⁰.

6. Con el fin de luchar contra el fraude en esta materia, y erradicar los “matrimonios fraudulentos”¹¹, la DGRN, dictó la conocida Instrucción [de la DGRN], de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia¹².

la finalidad de evitar matrimonios nulos. Sigue diciendo que, en la Instrucción de 22 de marzo de 1974 sobre expediente previo al Registro Civil, ya se refería a matrimonios mixtos, ahora bien, se ha producido una cierta evolución en la actitud de la Dirección General de los Registros y del Notariado, puesto que en esta última se instaba a que en la medida de lo posible se evitase el amontonamiento de trámites y de exigencias, mientras que en la Instrucción de 9 de Enero de 1995, no se muestra ninguna preocupación por la dilación, y se insta a que se cumpla de forma rigurosa lo previsto en el Reglamento del Registro Civil. También advierte la diferencia entre la Instrucción de Marzo de 1974 y de Enero de 1995, E. FERNÁNDEZ MASÍA, “De la ficción a la realidad: La creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España”, *Revista de derecho privado*, Septiembre 1998, p. 635.

⁸ DOCE C 382, de 16 de Diciembre de 1997.

⁹ Este concepto de “matrimonio de conveniencia” ha sido seguido por la Fiscalía General del Estado, que, mediante la Circular 1/2002, define los “matrimonios de conveniencia” como “aquellos matrimonios celebrados con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con español o con quien ya se encuentra legalmente en el país”.

¹⁰ Eso sí, el nacional del país tercero tendrá la posibilidad de oponerse a una decisión de denegación, retirada, revocación o no renovación del permiso de residencia o de la autorización de residencia o de solicitar su revisión, con arreglo al Derecho nacional, bien ante un Tribunal, bien ante una autoridad administrativa competente.

¹¹ Según, el Instituto Nacional de Estadística, el número de matrimonios celebrados en nuestro país, en los que al menos uno de los contrayentes es extranjero, pasó, en 1996, de 9.198 matrimonios a 30.930, en 2004. De hecho, en el periodo 2001-2004, se ha duplicado el número de españoles que se han casado con extranjeras: de 6.517 a 13.574.

¹² BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

De esta forma, la DGRN ha dado a conocer una serie de orientaciones y reglas con el fin de evitar la proliferación de “matrimonios de conveniencia”. A los Encargados de los Registros Civiles españoles se les indica, por ejemplo, que “debe considerarse y presumirse que existe auténtico consentimiento matrimonial”, cuando un contrayente conoce “los datos personales y/o familiares básicos del otro”. Eso sí, teniendo en cuenta ciertas reglas, como que el desconocimiento “debe ser claro, evidente y flagrante”, que no es preciso “descender a los detalles más concretos posibles” y que no puede fijarse una “lista cerrada” de datos básicos de obligado conocimiento. Además, la DGRN considera que para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes deben tenerse en cuenta seis reglas, como tiempo y tipo de relaciones de convivencia, idioma común, matrimonios simulados anteriores y prueba indubitable de entrega de una cantidad económica.

7. Señala la DGRN, que los llamados “matrimonios complacencia” se celebran, frecuentemente, a cambio de un precio: un sujeto –ciudadano extranjero–, paga una cantidad a otro sujeto –un ciudadano español–, para que este último acceda a contraer matrimonio con él, con el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá “convivencia matrimonial auténtica” ni “voluntad de fundar y formar una familia”, y de que, pasado un año u otro plazo convenido, se instará la separación judicial o el divorcio. Por lo tanto, uno de los requisitos es la existencia de un elemento de extranjería¹³.

8. La Comisión Europea, en 2014, en su documento “Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens”¹⁴, muestra los diferentes tipos de matrimonios de conveniencia que nos podemos encontrar en la práctica:

- a) *Matrimonio de conveniencia “estándar”*: Es un matrimonio en el que ambos cónyuges son cómplices complacientes, consintiendo libremente en entrar en una relación diseñada para abusar de la legislación de la UE.
- b) *Matrimonio por engaño*: Es el matrimonio donde el cónyuge comunitario es engañado por el cónyuge no comunitario para hacerle creer genuinamente que la pareja llevará una vida matrimonial genuina y duradera.
- c) *Matrimonio forzado*: Es el matrimonio en el que el cónyuge comunitario es forzado, contra su voluntad, a contraer matrimonio con el cónyuge no comunitario. En los matrimonios forzados, el cónyuge coaccionado comunitario es una víctima y debe ser protegido y ofrecido asistencia.
- d) *Matrimonios falsos*: A veces, los matrimonios de conveniencia son calificados como falsos, pero esto, estrictamente hablando, no es correcto. A diferencia de los matrimonios de conveniencia, que son formalmente válidos, los matrimonios falsos son inválidos o totalmente ficticios. Los matrimonios fraudulentos pueden implicar falsificación o mal uso de documentos relacionados con otra persona.

9. El verdadero objetivo de estos matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería. Los objetivos más usuales de estos matrimonios son los siguientes: a) adquirir de modo acelerado la nacionalidad española, en la medida en que el cónyuge del ciudadano español goza de una posición privilegiada para la adquisición de la nacionalidad española (art. 22.2 de nuestro CC): basta un año de residencia en España por parte del sujeto extranjero (art. 22.2 del CC), siempre que sea una residencia “legal, continuada e inmediatamente anterior a la Petición” (art. 22.3 del CC); b) lograr una autorización de residencia en España, ya que el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la UE ni del EEE y que sea cónyuge o pareja de hecho de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, como indica el art. 2 del Real Decreto

¹³ Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, *Conflictus Legum*, 2009, p. 222; V. GARCÍA HERRERA, *Los matrimonios de conveniencia*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2016, p. 31.

¹⁴ SWD (2014) 284 final.

240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁵ (en adelante, Real Decreto 240/2007), no siendo preciso que tales extranjeros “mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente” con sus cónyuges españoles –tal y como señaló el TS, Sala Tercera, en su Sentencia de 10 de junio de 2004–¹⁶; o, c) lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. En efecto, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero puede ser “reagrupado”, pues el artículo 53 a) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, Real Decreto 557/2011)¹⁷.

10. En España, por tanto, conforme a las previsiones de las DGRN y de la Fiscalía General del Estado, se presumen “matrimonios de conveniencia”, los siguientes¹⁸:

- a) Aquellos matrimonios celebrados en España entre nacionales de Estados miembros de la UE, con nacionales de terceros Estados en situación irregular;
- b) Aquellos matrimonios celebrados en España entre nacionales de Estados no miembros de la UE, cuando uno de los contrayentes se encuentra legalmente en el país y el otro contrayente está en situación irregular; y,
- c) Aquellos matrimonios celebrados en un país extranjero conforme a la ley del lugar de celebración cuando uno de los contrayentes es español y el otro contrayente es nacional de un tercer Estado no miembro de la UE.

La respuesta jurídica a estos “matrimonios blancos” es la de declararlos nulos, ante la falta de consentimiento matrimonial¹⁹.

Ahora bien, CARRASCOSA GONZÁLEZ considera que examinar las intenciones de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio colisiona casi inevitablemente con la presunción general de buena fe y el *ius connubii*. Si los contrayentes insisten en su intención de contraer matrimonio, será difícil impedir su derecho. Sólo después de haberlo contraído, se podrá constatar la ausencia de intención.²⁰ De esta manera se puede instar el correspondiente proceso judicial, por el Ministerio Fiscal, los cónyuges o cualquier persona con interés directo y legítimo²¹.

III. Matrimonio y nacionalidad española

11. Nuestro CC prevé, en los arts. 17 y ss., diferentes formas de adquisición de la nacionalidad española; una de ellas, la prevista en su art. 22, permite la concesión de la nacionalidad por residencia. Se establece un plazo general de diez años, que puede reducirse a cinco –*para los que hayan obtenido la condición de refugiado*–, dos –*cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes*– o, incluso, bajo determinados con-

¹⁵ BOE núm. 103, de 30 abril de 2011.

¹⁶ Vid. en este sentido, A. ORTEGA GIMÉNEZ y L. S. HEREDIA SÁNCHEZ, “El nuevo estatuto jurídico de los ciudadanos comunitarios en España”, *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, n.º. 116, Mayo 2007, pp. 50-59.

¹⁷ BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005; corrección de errores en BOE núm. 130, de 1 de junio de 2005.

¹⁸ Vid. S. SALVADOR RODRÍGUEZ, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, VV. AA., *Derecho registral internacional*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 261-262.

¹⁹ Como señala MAÑÉ-RIGAT, “las sentencias más recientes tienen declarado que la nulidad del matrimonio es la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo matrimonial y procede tal declaración de inexistencia de matrimonio, al acreditarse que los cónyuges o uno de ellos no tuvo desde un principio intención matrimonial”, disponible en <http://www.togas.biz/togas46/mane.htm>.

²⁰ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 20, 2002, p. 21.

²¹ No obstante, en la práctica las sentencias de nulidad matrimonial por matrimonios de complacencia, resultan promovidas por alguno de los cónyuges.

dicionantes, puede bastar un solo año de residencia para ello –en este sentido, en virtud del art. 22.2.d) de nuestro CC, podrá adquirir la nacionalidad española, *el que al tiempo de la solicitud llevará un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho*–. Parece ser que para el legislador español, son suficientes vínculos con el foro español, el hecho de que un extranjero/a esté casado/a con español/a.

12. Quizás, el arraigo con el territorio español, la voluntad del sujeto de ser español, y el favorecimiento de la “unidad jurídica de la familia”, sean argumentos suficientes para justificar la forma de adquisición de la nacionalidad española prevista en el mencionado art. 22.2.d) de nuestro CC²².

13. Ahora bien, debe tratarse de vínculo matrimonial real, esto es, tal y como señaló, en su día, la Instrucción de la DGRN, de 20 de marzo de 1991²³, *habrá de cerciorarse el Encargado de si el matrimonio del casado o viudo de español corresponde o ha correspondido a una situación de convivencia en el tiempo a que la Ley se refiere*. Aunque, nuestro CC parte de la presunción a favor de que los cónyuges viven juntos, tal y como señala GARCÍA ZÚÑIGA, sobre la base de la mencionada Instrucción de la DGRN, “se impone al casado con español la acreditación de la convivencia”²⁴, ya que establece que *sobre el solicitante recaerá la carga de probar tal convivencia, y como se exige ésta, como un presupuesto más de la concesión agregado al del matrimonio, no bastará para justificar la convivencia con acreditar el matrimonio y con invocar la presunción legal contenida en el artículo 69 del Código Civil*. En la práctica, será en Encargado del registro Civil el que indague la certeza de una convivencia efectiva del matrimonio.

IV. Matrimonio y Registro Civil español

14. Para que el matrimonio tenga plena validez, se hace necesario que “el Encargado del Registro Civil llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor nulo por simulación.

15. En cualquier caso, existe un trámite esencial e imprescindible, como es la audiencia que el instructor, asistido por el secretario, debe realizar de cada contrayente, reservadamente y por separado, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración. Esta audiencia, que en caso del contrayente domiciliado en otro lugar puede efectuarse ante el Registro Civil del domicilio del mismo, puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial²⁵. Aun así, debemos destacar este “control del consentimiento anticipado” carece de sentido. El certificado de capacidad cumple la función de garantizar y acreditar la capacidad nupcial del contrayente, evitando la nulidad del matrimonio por falta de capacidad. Desde la perspectiva del Derecho español, el certificado sirve para constatar que el contrayente español cumple con las condiciones de capacidad en relación con la edad y, sobre todo, con la ausencia de impedimento de ligamen por la existencia de un vínculo matrimonial anterior. La DGRN desnaturalizó por completo su función, convirtiéndolo en un “chantaje público” al condicionar su expedición a circunstancias que nada tienen que ver con la capacidad²⁶

²² Vid. en sentido amplio, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, citado, pp. 7-34.

²³ BOE de 26 de marzo; corrección de errores en BOE de 27 de marzo.

²⁴ Vid. R. GARCÍA ZÚÑIGA, “Los Matrimonios de conveniencia como fraude de ley”, disponible en <http://www.porticolegal.com>, 2001.

²⁵ Vid. R. GARCÍA ZÚÑIGA, “Los Matrimonios de conveniencia como fraude de ley”, disponible en <http://www.porticolegal.com>, 2001.

²⁶ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia”, *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2008, pp. 183-184.

16. Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración. Así, hechos objetivos comprobados tales como, p. ej., que “...los contrayentes se conocieron personalmente unos días antes de la boda; ella no habla español y él no habla chino y se comunican por medio de una hermana de aquella que actúa como interprete; sus contactos anteriores por teléfono son, pues, difícilmente comprensibles...”²⁷; que “...ambos contrayentes se conocieron por teléfono y sólo se vieron tres días antes de la celebración del matrimonio en forma local; que uno y otro ignoran datos elementales sobre la vida de cada uno; que ella nunca ha viajado a España; que él es la primera vez que ha viajado a la República Dominicana y, sin conocer a la interesada, vino provisto de certificado de nacimiento y de la fe de soltería, y que el mismo no recuerda incluso cuándo y dónde ha sido celebrado el matrimonio...”²⁸; o, que “...él es un soltero español, nacido en 1974 y ella una viuda cubana nacida en 1934; y, que ésta ha declarado que no recuerda cuándo ni dónde conoció a su esposo; que ignora lo que hacía éste en La Habana cuando lo conoció, así como las aficiones de su esposo y sus estudios o profesión, y que desconoce también el empleo del mismo y si dispone de medios económicos...”²⁹, permite constatar la ausencia de consentimiento matrimonial, descubrir la voluntad encubierta de las partes y, por tanto, declarar nulo dicho matrimonio.

V. Indicios de matrimonio de conveniencia

17. Son varios los indicios a señalar que pueden probar la existencia de un “matrimonio de conveniencia”³⁰:

- El desconocimiento de circunstancias personales y familiares del otro contrayente, deducidas de la audiencia por separado ante el Encargado del Registro Civil³¹.
- Las discrepancias entre las declaraciones de ambos contrayentes, en la audiencia por separado ante el Encargado del Registro Civil, sobre hechos tales como el día en que conocieron, la forma en que se conocieron, la profesión, la existencia de hijos anteriores al matrimonio u otras circunstancias personales y familiares³².
- La superficialidad de la relación, consecuencia de haberse conocido a través de un intermediario, o unos días antes de la celebración del matrimonio³³.

²⁷ Resolución de la DGRN, de 22 de noviembre de 1995.

²⁸ Resolución de la DGRN, de 23 de marzo de 1996.

²⁹ Resolución de la DGRN, de 18 de julio de 1996.

³⁰ En sentido amplio, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid Iprolex, 2003, pp. 252-262.

³¹ Así, p. ej., la Resolución de la DGRN de 21 de septiembre de 2011, una mujer de nacionalidad española y un hombre de nacionalidad nigeriana, presentan escrito ante el Registro Civil de Murcia, para iniciar expediente en solicitud de autorización para contraer matrimonio civil. Ratificados los solicitantes, se procede a celebrar las entrevistas en audiencia privada. El Ministerio Fiscal se opone a la autorización del matrimonio y el encargado del Registro Civil, resuelve mediante auto denegando la autorización del enlace.

De las audiencias, se puede observar que ambos contrayentes no comparten una lengua común, pues ambos declaran que ella solo habla español y que está estudiando inglés, mientras que él apenas se expresa en español. Por otro lado, es patente el desconocimiento mutuo de circunstancias personales importantes, como que él desconoce la fecha y el lugar de nacimiento de ella, no está seguro de su primer apellido y desconoce el segundo. Por parte de ella, no expresa correctamente ni el nombre ni el apellido de su pareja, además desconoce el nombre del padre y los hermanos de él.

³² Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 19 de junio de 1999, en la que se probó que los contrayentes se conocieron personalmente cuatro días antes de la boda y antes por medio de unas amigas de ella que viven en España; antes de conocerse personalmente ya habían decidido la boda por teléfono; ella desconoce el domicilio de su esposo, cuál fue su profesión, el lugar de su nacimiento, el nombre de su madre y los nombres y edades de sus hermanos; él por su parte tampoco supo decir el nombre de su suegra, el domicilio de su esposa y su número de teléfono.

³³ Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 23 de marzo de 1996, en la que se consideró “matrimonio de conveniencia” el caso de aquellos contrayentes que se conocieron por teléfono y sólo se vieron tres días antes de la celebración del matrimonio; que uno y otro ignoraban datos elementales sobre la vida de cada uno; que ella nunca había viajado a España; que él era la primera vez que había viajado a la República Dominicana y, sin conocer a la interesada, vino provisto de certificado de nacimiento y de la fe de soltería, y que el mismo no recuerda incluso cuándo y dónde había sido celebrado el matrimonio.

- La imposibilidad de comunicación a través de una lengua común³⁴.
- La situación de irregularidad del contrayente extranjero³⁵.
- La diferencia notable de edad³⁶.
- Las confesiones de los contrayentes, que supongan una confesión de la simulación del matrimonio³⁷.

18. Por otro lado, indicios tales como los siguientes, pueden probar la validez del matrimonio³⁸:

- La existencia de hijos comunes, o el hecho de que la mujer esté embarazada³⁹.
- La residencia legal del contrayente extranjero en España o en cualquier otro país de la UE⁴⁰.
- El conocimiento de circunstancias personales y familiares del otro contrayente.
- Las concordancias entre las declaraciones de ambos contrayentes.
- La posibilidad de comunicación a través de una lengua común.

19. Además, deben considerarse intrascendentes circunstancias tales como “que el contrayente extranjero se encuentre en prisión⁴¹, haberse conocido a través de internet⁴², tener preparada la documentación para el expediente matrimonial antes de que el contrayente extranjero venga a España y conozca al contrayente español⁴³, o el hecho de contraer matrimonio por poderes⁴⁴”⁴⁵.

Si bien es cierto que, en ocasiones los indicios nos llevan a afirmar que nos encontramos (o nos podemos encontrar) ante un “matrimonio blanco”, será el Encargado del Registro Civil, la autoridad competente para decidir sobre la celebración o inscripción de un matrimonio.

³⁴ Así, p. ej., la Resolución de la DGRN de 21 de julio de 2011, una mujer de doble nacionalidad, española y colombiana junto a un hombre de nacionalidad japonesa, solicitan ante el consulado español en Tokio una autorización para contraer matrimonio civil. Sin haber testigo alguno que acredite la veracidad de la relación se procede a celebrar las entrevistas en audiencia privada. Previo informe desfavorable por parte del Ministerio Fiscal, la encargada del Registro deniega la autorización por falta de consentimiento matrimonial. De las entrevistas celebradas en audiencia privada se concluye que, [la pareja no tiene una lengua común, ya que ambos han reconocido que solo hablan la lengua de sus países de origen respectivamente, español ella y japonés él. Además existe un gran desconocimiento mutuo sobre importantes circunstancias personales, el interesado desconoce el origen colombiano de ella, así como sus aficiones, las cuales según él son el ordenador y las discotecas mientras que ella declara que le gusta ver tenis en televisión. Así mismo ella desconoce sobre él, los hijos que tiene y qué estudios posee, además al ser preguntada por las aficiones de él, ella asegura que le gusta el golf mientras que él dice que le gustan los billares japoneses.

³⁵ Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 5 de diciembre de 1996, relativa a un expediente para contraer matrimonio civil entre cubano y española, cuya celebración fue denegada por el Encargado del Registro Civil, por entender que no existe verdadero consentimiento matrimonial sino la intención de obtener por parte del contrayente la residencia española.

³⁶ Así, p. ej., la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2012, mediante escrito civil presentado en el Registro Civil de Algeciras, un hombre de nacionalidad española y una mujer de nacionalidad paraguaya, inician expediente de solicitud de autorización para contraer matrimonio civil. Ratificados los interesados, comparece un testigo elegido por el instructor entre los propuestos por los solicitantes, dicho testigo declara que tiene el pleno convencimiento de que el matrimonio no incurre en prohibición legal alguna. Se celebran las entrevistas en audiencia reservada. El Ministerio Fiscal informa de manera desfavorable sobre las entrevistas y el encargado del Registro resuelve dictando auto que deniega la autorización del matrimonio proyectado. De las audiencias reservadas se desprende un desconocimiento mutuo de información personal, el interesado desconoce el nombre completo de la interesada, también desconoce la fecha y el lugar de nacimiento de la interesada, desconocen, además, el número de hermanos de ambos y circunstancias de los mismos, a ello hay que sumar la gran diferencia de edad entre ambos, 52 años.

³⁷ Así, p. ej., en la Resolución de la DGRN, de 25 de junio de 1997, se señala que el contrayente extranjero, al conocer que la contrayente española era invidente, le participa al Encargado del Registro Civil “que era igual, aunque fuese una vieja, que lo que deseaba era salir de su país”.

³⁸ En sentido amplio, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, citado, pp. 262-265.

³⁹ Así, p. ej. las Resoluciones de la DGRN, de 18 de enero de 1999, de 15 de junio de 1999, de 18 de octubre de 1999, de 13 de enero de 2000, o de 3 de julio de 2001.

⁴⁰ Así, p. ej., las Resoluciones de la DGRN, de 27 de septiembre de 2000, y de 25 de octubre de 2000.

⁴¹ Resolución de la DGRN, de 11 de enero de 2000.

⁴² Resolución de la DGRN, de 3 de marzo de 2000.

⁴³ Resolución de la DGRN, de 3 de marzo de 2000.

⁴⁴ Resolución de la DGRN, de 19 de octubre de 1998.

⁴⁵ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 265-266.

VI. Formas de combatir los matrimonios de conveniencia

20. Para luchar contra los “matrimonios de conveniencia”, las medidas a adoptar pasan por las siguientes: a) las presunciones como medio para acreditar un matrimonio de complacencia; b) la prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio; c) La aplicación de la ley extranjera al consentimiento matrimonial; y d) la prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero.

a) Las presunciones como medio para acreditar un matrimonio de complacencia

Para evitar que se celebren matrimonios de complacencia debe aplicarse la mencionada Instrucción de la DGRN, de 9 de enero de 1995. La celebración del matrimonio civil, o en las formas religiosas de las iglesias evangélicas –Ley 24/1992, de 10 de noviembre–, la forma hebraica –Ley 25/1992– y la forma islámica –Ley 26/1992–, exige, cuando uno de los contrayentes es español y el consentimiento se va a prestar ante autoridad española, un expediente previo para acreditar la capacidad nupcial del mismo y su verdadera intención de contraer matrimonio, expediente que tiene por objeto verificar la concurrencia de todos los requisitos legales necesarios para la validez del matrimonio y, entre ellos, la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial⁴⁶. Se prevé la realización de un trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes por separado y “de modo reservado” en el que el instructor del expediente puede y debe interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la “verdadera intención matrimonial” de los mismos o, en su caso, descubrir posibles fraudes⁴⁷.

En el mismo sentido, no debemos olvidar que cuando un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales, siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, incluida la eventual simulación del consentimiento.

b) La prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio

Señala la DGRN, en su Instrucción de 2006, que cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, se puede proceder a su inscripción en el Registro Civil español a través de dos mecanismos registrales alternativos: a) a través de la certificación extranjera en la que conste la celebración del matrimonio; o, b) en su defecto, a través de un expediente registral para acreditar la legalidad del matrimonio

⁴⁶ Así, p. ej., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 8 de Noviembre de 1999, al tratar la nulidad de un matrimonio entre española y uruguayo, considera que hay muy poco espacio de tiempo entre la fecha del matrimonio, y el abandono del domicilio conyugal por parte del marido, poco más de tres meses, lo que no delata, dice el Tribunal, una verdadera causa de separación matrimonial, y sí delata en cambio la ausencia de consentimiento matrimonial, además el demandado abandona el que fuera domicilio conyugal, precisamente el mismo día que debía acudir a la Oficina de Extranjeros del Gobierno Civil a recoger su permiso de residencia en España. Se utiliza el juego de las presunciones dada la imposibilidad de conocer con exactitud la voluntad interna de una persona, sin embargo se puede deducir la falta de consentimiento del análisis de los hechos previos, coetáneos y posteriores y del comportamiento del contrayente. Sigue diciendo la sentencia que las presunciones permiten deducir la existencia de reserva mental en el consentimiento de uno de los contrayentes mediante hechos externos y circunstancias objetivas.

⁴⁷ La importancia de este trámite fue subrayada por la citada Instrucción de la DGRN, de 9 de enero de 1995, en la que se señaló que “un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes”, de modo que dicho interrogatorio “debe servir para que el Instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de verdadero consentimiento matrimonial”. El instructor podrá preguntar, por ejemplo, sobre las intenciones de vida en común de los contrayentes, hijos que desearían tener, desde cuándo dura la relación, cómo piensan organizar la convivencia común, etc. Son datos que permiten revelar si los contrayentes desean “formar una familia” o, con otras palabras, “asumir los derechos y deberes del matrimonio”. El interrogatorio efectuado por la Autoridad española debe ser lo más completo posible. Un interrogatorio puramente formulario, de escasa entidad cuantitativa y cualitativa no es suficiente para inferir la existencia de un matrimonio simulado.

y la certeza de su celebración. No obstante, en ambos casos, el Encargado del Registro Civil en cuestión ha de realizar un control de la “legalidad del hecho con arreglo a la ley española”, ya que sólo así se garantiza que accedan al Registro Civil actos válidos y eficaces.

Nos encontramos ante un control a priori, el trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes, por separado y de modo reservado, con el fin de *cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración*.

c) La aplicación de la ley extranjera al consentimiento matrimonial

Los matrimonios de conveniencia plantean varios problemas desde el punto de vista del Derecho internacional privado, en especial, en cuanto a la ley aplicable al consentimiento; por lo que nos encontramos ante un problema de conflicto de leyes.

En el sistema de Derecho internacional privado no tenemos una norma de conflicto que determine los requisitos para que el matrimonio, en los casos internacionales, sea válido y pueda acceder, en su caso, al Registro Civil español, por lo que la norma de conflicto debe determinar, separadamente, la ley aplicable: 1) a la capacidad matrimonial; 2) al consentimiento matrimonial, y 3) a la forma de celebración del matrimonio.

En cuanto a la ley aplicable al consentimiento, la doctrina ha intentado subsanar la laguna creada por el legislador para determinar la ley aplicable, y en la que se destacan dos tesis:

1) Tesis de la ley única: Esta teoría defiende que la formación del matrimonio se regula por una única *Lex matrimonii*, la ley del Estado al que pertenece la Autoridad ante quien se celebra el matrimonio (*Lex Auctoritatis*), sin tener en cuenta la nacionalidad o residencia de los cónyuges. En este sentido, siempre que un matrimonio se celebre ante una autoridad española, el consentimiento matrimonial debe regirse por la ley material española; además del propio contenido del matrimonio, como los derechos y deberes de los cónyuges recogidos en los arts. 66-68 del CC.

Por el contrario, la aplicación de la ley nacional del cónyuge puede desembocar en que consientan una cosa distinta cada uno. Esta es la posición de algunos países como Suiza, Holanda, algunos *States* de los Estados Unidos de América y Australia. Como crítica a esta tesis, puede dar lugar al *forum shopping*, permitiendo a los contrayentes celebrar su matrimonio en el Estado que mejor les convenga, además de los matrimonios claudicantes, aquellos válidos en el Estado en el que celebró, pero inexistentes en el Estado del foro⁴⁸.

2) Tesis de la ley múltiple: esta teoría defiende que en la formación del matrimonio hay que distinguir entre 1) capacidad, 2) consentimiento, y 3) forma; y, en lo que al objeto de este trabajo se refiere nos interesa detenernos en los primeros requisitos:

- i) *Capacidad matrimonial:* quedará sujeta a la ley nacional de cada contrayente al momento de la celebración del matrimonio por el art. 9.1 del CC al ser una materia incluida en la categoría de estatuto personal. La norma de conflicto es coincidente con la recogida por el Convenio nº 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil de Múnich de 1980 (art. 1), y la Recomendación de Viena de 1976 relativa al derecho al matrimonio. Aun así, la aplicación de la ley extranjera se excluirá cuando esta vulnere el orden público internacional español.
- ii) *Consentimiento matrimonial:* se somete a la ley nacional de los contrayentes (art. 9.1 del CC) por los mismos argumentos que el apartado anterior, en cuanto afecta al estado civil de la persona⁴⁹. Será la ley nacional de cada contrayente la que determine si ese consentimiento es aparente o real, los vicios, efectos del consentimiento viciado, el plazo para el ejercicio de las acciones, y las personas legitimadas. En contra del argumento presentado por los defensores de la tesis de la norma única, los efectos del matrimonio no serán diferentes

⁴⁸ Vid. L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la ‘existencia de matrimonio’ en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, octubre 2013, p. 173.

⁴⁹ Vid. RDGRN [9ª] 3 de enero de 2014, y RDGRN [12ª] 4 julio 2011.

dependiendo de la ley nacional de los cónyuges, puesto que según el art. 9.2 del CC, se determinarán conforme a la ley del Estado ante cuya autoridad se celebre el matrimonio. En resumen, se somete a la *Lex Loci Celebrationis*. Además, esta tesis elimina la posibilidad del *forum shopping*, ya que aunque los contrayentes acudan a países con legislaciones permisivas en materia de consentimiento matrimonial, dicho consentimiento se regirá siempre por la misma Ley, su respectiva Ley nacional. Esta teoría ha sido asumida en Estados como Francia⁵⁰ y Bélgica⁵¹, además de España⁵².

Aquí cabe diferenciar dos supuestos:

- a) **Supuestos en los que los contrayentes son extranjeros.** En principio, no sería aplicable la ley española, sino que se regirá por la ley nacional de cada cónyuge. Al momento de celebrarse el matrimonio, y la que deberá aplicar el Encargado del Registro Civil. No es posible aplicar la ley española cuando uno de los cónyuges la adquirió a posteriori, ya que debemos retrotraernos al momento de la celebración del matrimonio⁵³. Si la ley de alguno de los cónyuges permitiese los matrimonios falsos o simulados, no podrá aplicarse esa ley al consentimiento al vulnerar el orden público internacional español (12.3 del CC), y que el juez o autoridad que invoque esta institución debe entenderse como fundamento para decidir sobre la pretensión de las partes⁵⁴; por lo que si se da tal caso, deberemos aplicar la ley española. Tales Leyes extranjeras permiten, de facto, un matrimonio sin “consentimiento matrimonial”⁵⁵.
- b) **Supuestos en los que uno de los contrayentes es español.** En estos supuestos, debemos atenernos a la ley española en el caso del contrayente español, y a la ley extranjera del contrayente extranjero. Según la Instrucción de la DGRN de 31 de enero, debe llevarse a cabo una operación de “economía conflictual”, valorando en primer lugar la validez del consentimiento del contrayente español. Si se determina que dicho consentimiento no es válido, no se entrará a examinar la validez del consentimiento del contrayente extranjero.

Es ilustrativa la sentencia de la *Cour de Cassation* Francesa (civ. 1re) de 19 enero 2014 sobre un matrimonio mediante engaño entre francesa y tunecino en el que el contrayente tunecino tenía como objetivo obtener un permiso de residencia, y una vez obtenido, abandona a la esposa francesa. La esposa deseaba solicitar la declaración de nulidad del matrimonio, pues el varón tunecino había contraído nupcias con ella con la sola intención de adquirir el permiso de residencia en Francia y demás ventajas para obtener, posteriormente, la nacionalidad francesa. La esposa solicitó, pues, la nulidad del matrimonio y se basó en la “falta de consentimiento matrimonial auténtico del esposo”.

En primera instancia, la *cour d’appel* aplicó la ley francesa al consentimiento del contrayente tunecino con el argumento de que ventilaban “derechos indisponibles”, dudosa afirmación al entender que el negocio jurídico del matrimonio se enmarca en el Derecho privado. Posteriormente, la *Cour de Cassation* corrige a la *cour d’appel* y señaló que debió aplicarse la ley nacional de cada contrayente,

⁵⁰ (Sent. Cass. 9 julio 2008 [matrimonio de complacencia entre marroquí y francés], Sent. Cass. Francia 27 septiembre 2007, Sent. Cass. Francia 29 enero 2014 [matrimonio mediante engaño entre francesa y tunecino], art. 202-1 CC francés.

⁵¹ Vid. art. 46.I Código DIPr. 2004.

⁵² Vid. RDGRN [18ª] 30 septiembre 2011 [matrimonio a celebrar en España entre ciudadanos extranjeros], RDGRN [2ª] 30 junio 2011 [matrimonio civil entre varón nigeriano y mujer alemana], RDGRN [1ª] 26 noviembre 2001, RDGRN [1ª] 24 mayo 2002, RDGRN [2ª] 11 septiembre 2002, RDGRN [3ª] 11 septiembre 2002, RDGRN [4ª] 11 septiembre 2002.

⁵³ Vid. RDGRN [9ª] 3 de enero de 2014.

⁵⁴ Vid. J. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS “Artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*., t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. p. 906.

⁵⁵ Vid. RDGRN [14ª] 12 mayo 2014 [matrimonio celebrado en la República Dominicana], RDGRN [2ª] 30 junio 2011 [matrimonio civil entre varón nigeriano y mujer alemana], RDGRN [20ª] 23 septiembre 2011 [matrimonio celebrado en Perú], RDGRN [1ª] 2 septiembre 2005, RDGRN [5ª] 10 octubre 2005, RDGRN 13 junio 2005, RDGRN [1ª] 7 julio 2005, RDGRN 18 noviembre 2005, RDGRN [4ª] 6 septiembre 2005, RDGRN [4ª] 30 noviembre 2005, RDGRN 28 enero 2006, RDGRN 27 junio 2006, RDGRN [5ª] 27 junio 2006 [matrimonio en la República Dominicana entre dominicanos], (RDGRN [2ª] 21 julio 2006 [matrimonio en España entre hindú y alemana], RDGRN [2ª] 19 septiembre 2006 [matrimonio en España de dos marroquíes], RDGRN [3ª] 20 septiembre 2006 [matrimonio en España de dos marroquíes], RDGRN [3ª] 26 febrero 2007 [matrimonio entre alemán y senegalés].

distributivamente, al consentimiento matrimonial, y según la ley francesa, la contrayente se encontraba en una situación de error sobre su consentimiento⁵⁶.

d) La prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero:

En los supuestos en los que un matrimonio entre un español y extranjero, o entre extranjeros se halla celebrado fuera de España, el Encargado del Registro Civil debe controlar la legalidad y autenticidad del consentimiento matrimonial con arreglo a la ley española cuando uno de los contrayentes sea español o, cuando siendo extranjeros ambos, deba igualmente ser aplicada en ejecución de la cláusula de orden público por admitir la Ley extranjera los matrimonios simulados. En cuanto a esta consideración de “orden público”, no cabe diferenciarla de la cláusula general del art. 12.3 del CC aun encontrándose en distintas normas procesales (arts. 14 y 46 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁵⁷, o DA 6ª de la LEC), puesto que, al fin y al cabo, poseen el mismo objetivo: evitar la aplicación de la ley extranjera en territorio español cuando aquella contradiga las normas del foro⁵⁸. Así, con la finalidad de facilitar la consecución de este doble objetivo por parte de los Encargados de los Registros, la DGRN, en la Instrucción comentada de 2006, ha dado las siguientes orientaciones prácticas:

Primera. Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y/o familiares básicos del otro; y, b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes. En cuanto a la valoración de ambos elementos se han de tomar en cuenta los siguientes criterios prácticos: a) debe considerarse y presumirse que existe auténtico consentimiento matrimonial cuando un contrayente conoce los datos personales y familiares básicos del otro contrayente. Si los contrayentes demuestran conocer suficientemente los datos básicos personales y familiares mutuos, debe presumirse, conforme al principio general de presunción de la buena fe, que el matrimonio no es simulado y debe autorizarse o inscribirse, según los casos.

Para acreditar la existencia de un conocimiento suficiente de los datos personales básicos mutuos de los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1ª) El Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas; 2ª) No puede fijarse una “lista cerrada” de datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento es exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto. Sí puede, sin embargo, proporcionarse una “lista de aproximación” con los datos básicos personales y familiares mutuos más frecuentes que los contrayentes deberían conocer el uno del otro; 3ª) El conocimiento de los datos básicos personales de un contrayente por el otro contrayente debe ser un conocimiento del núcleo conceptual de dichos datos, sin que sea preciso descender a los detalles más concretos posibles; 4ª) En su caso, el desconocimiento de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro, evidente y flagrante; y, 5ª) La existencia de otros datos personales del contrayente que son meramente accesorios o secundarios.

Para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1ª) Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio; 2ª) Las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales, o bien relaciones epistolares o telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet; 3ª) El hecho probado de que los contrayentes conviven juntos en el momento presente o tienen un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de relaciones personales; 4ª) El hecho de que los contrayentes no hablen una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles. Por tanto, de ese mero dato no cabe inferir, por sí solo, que las relaciones personales no existen o no han existido. Será un dato más que

⁵⁶ Vid. G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520.

⁵⁷ *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁵⁸ Vid. J. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS “Artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, citado, p. 908.

el Encargado del Registro Civil español tendrá presente para valorar, junto con otros datos y hechos, la presencia o ausencia de relaciones personales» entre ambos contrayentes; 5ª) El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio de que no existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, sino relaciones meramente figuradas. 6ª) El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un poderoso indicio de que no existen relaciones personales entre los contrayentes, ni verdadera voluntad matrimonial.

Además, de forma complementaria a lo anterior, señala la DGRN, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, sin perjuicio de que en concurrencia con las circunstancias antes enumeradas pueda coadyuvar a formar la convicción del Encargado en sentido positivo o negativo respecto de la existencia de verdadera voluntad matrimonial.⁵⁹

Segunda. De forma adicional, la DGRN, en la mencionada Instrucción de 31 de enero de 2006, ha señalado que: a) el Encargado del Registro Civil debe alcanzar una “certeza moral plena” de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción; b) el Encargado del Registro Civil que aplica las presunciones judiciales debe incluir en su resolución, de modo expreso, el razonamiento en virtud del cual dicha Autoridad ha establecido la presunción, evitando la utilización de modelos formularios que, por su generalidad y falta de referencia a las concretas circunstancias particulares del caso concreto, no alcanzan a llenar el requisito imprescindible de la motivación de la resolución; y, finalmente, c) frente a la formulación de una presunción judicial, cualquiera de los contrayentes u otra persona legitimada puede practicar una prueba en contrario, la cual puede estar dirigida a demostrar la inexistencia del indicio tomado en cuenta por la Autoridad española y/o demostrar la inexistencia del nexo de inferencia entre tal indicio y la situación de matrimonio simulado.

Tercera. Finalmente, nos recuerda la propia DGRN que, si se rechaza la autorización o la inscripción del matrimonio al existir sospechas de simulación en el matrimonio, siempre es posible instar posteriormente la inscripción del matrimonio si surgen nuevos datos relevantes, pues en el ámbito del Registro Civil no rige el principio de “cosa juzgada”.

VII. El control registral de la legalidad del matrimonio

21. En virtud del ordenamiento jurídico español, son matrimonios inscribibles en el Registro Civil español, a saber⁶⁰:

- a) Todos aquellos matrimonios celebrados en forma civil cuya celebración fue autorizada por el propio Encargado del Registro Civil español, en el que los contrayentes son nacionales o extranjeros⁶¹.

⁵⁹ Así, se pueden enumerarse los más frecuentes de entre ellos: a) el hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería; b) el hecho de que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas; c) el hecho de que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que aporte el cien por cien de tales recursos, pues en sí mismo, este dato nada dice de una posible intención simuladora de los contrayentes o de la autenticidad del consentimiento matrimonial; d) el hecho de que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace tampoco dice nada, en sí mismo, sobre la intención simuladora de los contrayentes; e) el hecho de que exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes tampoco dice nada por sí sólo acerca de la autenticidad y realidad del consentimiento matrimonial, por lo que es un dato que no puede utilizarse, de ningún modo, para inferir nada al respecto, salvo que concurra con otras circunstancias, ya enumeradas, de desconocimiento o falta de relación personal.

⁶⁰ En sentido amplio, S. SALVADOR RODRÍGUEZ, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 263-265.

⁶¹ Dicho control pasa, en virtud de los arts. 49.1º y 56 de nuestro CC, por la realización de un expediente registral previo.

- b) Todos aquellos matrimonios celebrados en España, sin expediente registral previo, sea en forma religiosa católica o islámica, o en forma consular por dos extranjeros, en aplicación de su ley personal, deben inscribirse en el Registro Civil correspondiente al lugar de su celebración para el pleno reconocimiento de sus efectos civiles⁶².
- c) Todos aquellos matrimonios celebrados fuera de España conforme a la ley del lugar de celebración del mismo, cuando uno de los contrayentes sea nacional español, se exige la previa calificación del Encargado del Registro Civil competente, Registro Consular o registro Central.⁶³

22. Y, son dos los supuestos de control registral de la legalidad de matrimonios inscribibles por parte del Encargado del Registro Civil competente, a saber⁶⁴:

- a) Control registral previo a la celebración del matrimonio. Cuando un nacional español o extranjero pretenda contraer matrimonio, en España o en el extranjero, es necesario tramitar un expediente registral previo a la autorización del matrimonio, con el fin de controlar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la validez del matrimonio que se quiere celebrar: capacidad matrimonial, consentimiento y forma.
- b) Control registral posterior a la celebración del matrimonio. Una vez celebrado el matrimonio, sean contrayentes españoles o extranjeros, para alcanzar la plena validez, se hace necesaria su inscripción en el Registro Civil; en ese momento, es donde la autoridad competente, al igual que el supuesto del expediente registral previo, deberá examinar la concurrencia de los requisitos legales exigidos para la validez del matrimonio.

La negativa a la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio, abriría la reclamación en sede judicial, con el fin de que “el órgano judicial competente se pronuncie sobre la validez y eficacia del matrimonio celebrado, y, en su caso, acuerde la inscripción del mismo en el Registro Civil español”⁶⁵.

VIII. El control judicial de la validez del matrimonio

23. Por su parte, respecto del control judicial de la validez del matrimonio, debemos distinguir tres supuestos también⁶⁶:

- a) Ante la denegación del Encargado del Registro Civil competente para la autorización del matrimonio, sólo queda acudir a la vía judicial ordinaria para la tutela judicial del derecho fundamental a contraer matrimonio libremente.
- b) Si el matrimonio ya se ha celebrado e inscrito en un Registro Civil español, éste sólo podrá ser cancelado a través de la correspondiente acción judicial de nulidad.
- c) Respecto de los matrimonios celebrados que deben ser inscritos en el Registro Civil español y dicha inscripción es denegada en vía registral, procede la vía judicial ordinaria, con el fin de declarar la validez de un matrimonio ya celebrado e inscribirlo en el Registro Civil.

24. A todo esto, el Tribunal Supremo en su STS 261/2017 hace unas precisiones importantes respecto al control por parte de los tribunales de la validez de los matrimonios, a pesar de ser una sentencia del orden penal.

⁶² Así lo establecen los arts. 60, 61, 63 y 65 del CC; y, 15 y 16 de la LRC.

⁶³ Así lo establecen los arts. 65 de nuestro CC; y, 256.3º del RRC.

⁶⁴ En sentido amplio, S. SALVADOR RODRÍGUEZ, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 263-265.

⁶⁵ *Vid.* S. SALVADOR RODRÍGUEZ, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 333.

⁶⁶ En sentido amplio, S. SALVADOR RODRÍGUEZ, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, citado, pp. 265-268.

El supuesto objeto de la sentencia versa sobre una unos ciudadanos de la República Dominicana que contrajeron matrimonio religioso con el fin de regularizar la situación del hombre (puesto que la ciudadana dominicana poseía DNI español) y disfrutar de los derechos derivados de ello. La sentencia impugnada de la Audiencia de Barcelona, derivada de la jurisdicción penal, dio por simulado, y como consecuencia inexistente, el matrimonio realizado por los cónyuges en 2009, inscrito en el Registro Civil.

La Audiencia realiza unas afirmaciones tendentes a considerar nulo el negocio jurídico llevado a cabo por la pareja, todo ello sin que hubiese una sentencia en el orden civil que legitimara el argumento de la Audiencia. El Tribunal Supremo admitió un recurso de casación por infracción de precepto constitucional, el derecho a la presunción de inocencia (24.2 CE).

En este sentido, el Tribunal Supremo dictaminó que al orden penal no le compete juzgar la validez del matrimonio, sino que le corresponde al orden civil. En el supuesto presentado, un tribunal penal califica de simulado e inexistente un negocio jurídico civil (un contrato religioso), fundamentándose en las valoraciones realizadas por los hechos acaecidos, no por ninguna resolución judicial.

El propio TS estipula los requisitos para declarar nulo un matrimonio:

- a) Un matrimonio, o una apariencia de tal, celebrado en cualquiera de las formas legalmente previstas,
- b) Una causa coetánea a la celebración, que consiste fundamentalmente en la ausencia o el defecto de alguno de los requisitos personales, materiales o formales que la ley exige como presupuesto de validez del negocio jurídico matrimonial, y
- c) Una sentencia judicial que declare la nulidad. Únicamente por sentencia puede ser anulado un matrimonio.

Mientras no haya una declaración judicial que así lo declare, el matrimonio como tal es válido y produce los efectos que le son propios. Además, la declaración de nulidad de un matrimonio debe tomarse como una situación excepcional debido a las consecuencias derivadas de ello.

IX. Los efectos del matrimonio y la Ley de Extranjería

25. La celebración, y posterior inscripción en el registro Civil español de un matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes es extranjero tiene sus consecuencias desde la perspectiva del derecho de Extranjería, y que podríamos resumir en las siguientes⁶⁷:

- a) El matrimonio por sí solo no regulariza de forma automática la situación del cónyuge extranjero que se encuentra en España en situación irregular o, en el extranjero esperando la regularización de su situación para poder entrar en España.
- b) El matrimonio no es una circunstancia por sí sola determinante para el otorgamiento de un visado o para la concesión de una autorización de residencia y de trabajo.
- c) El matrimonio permite la obtención de una autorización de residencia en España, ya que el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la UE ni del EEE y que sea cónyuge o pareja de hecho de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, en virtud del art. 2 del RD 240/2007.
- d) El matrimonio permite lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. En efecto, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero puede ser “reagrupado”, pues el artículo 39.1 del Real Decreto 557/2011, señala que “el extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de

⁶⁷ Vid. S. SALVADOR RODRÍGUEZ, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, citado, pp. 343-355.

hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley...”⁶⁸. Como ejemplo, destacamos las SSTs 24 de junio de 2015⁶⁹, y 23 de julio de 2014⁷⁰, en las que se deniega la obtención de un visado de reagrupación a uno de los cónyuges al observar que los documentos presentados denostaban mala fe al contraer matrimonio.

- e) A partir de la última reforma de la Ley de Extranjería⁷¹, el “contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito”⁷² es considerada **infracción grave sancionada por la Ley de Extranjería con multa de 501 a 10.000 euros**.

X. Reflexiones finales

26. Llegados a este punto, a modo de conclusión, podríamos destacar las siguientes ideas:

Primera. La nacionalidad española es el nexo jurídico de unión entre las personas con el Estado; se configura como un derecho que tienen los ciudadanos que otorga derechos y deberes de capital importancia. En este sentido, una de las formas más utilizadas de adquisición de la nacionalidad española es la vía del matrimonio –art. 22 de nuestro CC–, ya que el cónyuge de español o española puede adquirir la nacionalidad española al cumplir un año de residencia en España.

Puede resultar interesante para el extranjero contraer matrimonio con un español con el fin de obtener alguna de estas ventajas. El español, por su parte, puede acceder a la solicitud por dinero, por altruismo o por cualquier otra circunstancia. En cualquier caso lo que convierte el matrimonio en un matrimonio blanco es que los contrayentes no pretenden cumplir con los fines del matrimonio, tal como vienen definidos en los arts. 67 y 68 del CC frente a los diez años de residencia que se prevén con carácter general, los cinco que han de residir los refugiados o los dos que se establecen para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o sefardíes³⁴. De esta forma.

Segunda. Los llamados “matrimonios conveniencia” son una realidad en creciente aumento en nuestro país. Se trata enlaces matrimoniales donde lo que se pretende es exclusivamente facilitar la entrada y estancia en territorio español de ciudadanos extranjeros.

Las instrucciones dadas por el Ministerio de Justicia al personal de los Registros Civiles para detectar estos “matrimonios de conveniencia” no dejan de ser medidas de sentido común, que difícilmente garantizan que disminuyan el número de estos “matrimonios fraudulentos”. Nos encontramos ante medidas desproporcionadas para atajar este fenómeno, desproporción en el sentido de que son los Encargados de los Registros Civiles –órganos administrativos– quienes deciden sobre la conveniencia o no de un matrimonio, su celebración, inscripción y validez, pudiendo sus decisiones ser atacadas en vía judicial.

Si el Juez Encargado del Registro Civil llega a la convicción de que los interesados están actuando en fraude a la ley, beneficiándose de las consecuencias legales del matrimonio, ante la falta de verdadero consentimiento matrimonial, dicho matrimonio será declarado nulo por simulación, y al extranjero, en cuestión, se le aplicará la sanción correspondiente, prevista en la legislación de extranjería.

Nos encontramos ante matrimonios simulados celebrados normalmente entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros. Son “matrimonios” en los que no concurre un verdadero “consentimiento matrimonial”. Por tanto, no son “verdaderos matrimonios”, sino negocios jurídicos simulados o “ma-

⁶⁸ Vid. en sentido amplio, A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Notas sobre el Reglamento de Extranjería: Nuevo Reglamento de Extranjería. Estructura, elementos y proceso de normalización” *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 92, Madrid, La Ley, Marzo 2005, pp. 23-32.

⁶⁹ Sala 3ª. Sección 7ª. Rec. 1848/2014.

⁷⁰ Sala 3ª. Sección 3ª. Rec. 2995/2013.

⁷¹ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

⁷² Artículo 53.2.c) de la Ley de Extranjería.

trimonios meramente aparentes”, como señala la DGRN, pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial, ya que son sólo el medio a través del cual se procuran obtener ventajas legales en el sector del Derecho de Extranjería y de la Nacionalidad.

Tercera. La preocupación ante la extensión de este fenómeno –cuyo propósito, en claro fraude de ley, no es sino el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial en el campo de la nacionalidad y de la extranjería–, en el plano internacional, ha llevado a la Comisión Internacional del Estado Civil la constitución de un Grupo de Trabajo específico para intercambiar las experiencias y medidas adoptadas para combatir tal fenómeno en los distintos países miembros, que pretende complementar en el ámbito de los matrimonios de complacencia la Recomendación (n.º 9), adoptada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil.

En la misma línea se ha de citar la reciente iniciativa adoptada en Francia a través de la Circular relativa a la lucha contra los matrimonios simulados, adoptada en París el 2 de mayo de 2005 por el Ministerio de Justicia de la República francesa, en desarrollo de la modificación introducida en el “Code civil” por la Ley número 2003-1119, de 26 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación de la inmigración, la residencia de los extranjeros y la nacionalidad, que reforma el artículo 47 del Código Civil e introduce el trámite de audiencia previa para evitar matrimonios de complacencia.

Además, de las medidas adoptadas en Bélgica con la aprobación del nuevo Código de Derecho Internacional Privado, en Holanda con el establecimiento de un nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros, o en Suiza con la atribución de mayores poderes a los Encargados de los Registros Civiles para poder denegar las inscripciones de documentos que consideren fraudulentos.

Cuarta. La DGRN, en su Instrucción de 31 de enero de 2006, se refiere a las dos vías de lucha contra los “matrimonios blancos”: a) una *a posteriori*, que consiste en la acción de nulidad matrimonial instada por el Ministerio Fiscal; y, b) la conveniencia de adoptar medidas *a priori*, en especial con el trámite fundamental de la audiencia reservada y por separado, y ello para que *el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos del real consentimiento matrimonial. Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración.*

Quinta. Encontramos acertada la adopción por la legislación española de la teoría de la ley múltiple para determinar la ley aplicable al consentimiento matrimonial, puesto que con la aplicación de esta tesis se subsanan los problemas comunes del Derecho internacional privado, como son los matrimonios claudicantes, y las situaciones de *forum shopping*.

Sexta. Observamos que uno de los mayores alicientes para llevar a cabo es el art. 22 del CC, puesto que se eliminó la posibilidad de obtención de las autorizaciones de residencia y trabajo con el mero matrimonio con un nacional de la UE, que permite la adquisición de la nacionalidad española al cónyuge extranjero en el plazo de un año. Por tanto, una de las soluciones que encontramos para eliminar –o, al menos, reducir– el problema de los matrimonios de conveniencia es la modificación de dicho artículo de forma que se amplíen los plazos de adquisición de la nacionalidad española por matrimonio, hasta que el ciudadano extranjero pruebe que está totalmente integrado en España;⁷³

⁷³ En sentido contrario pensó el legislador español, cuando acometió la reforma del artículo 22 del CC, a través de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil, al pensar que la integración se produce más rápidamente si hay matrimonio, incluso aunque el cónyuge haya fallecido.

LA PROTECCIÓN DEL MENOR NO ACOMPAÑADO SOLICITANTE DE ASILO: ENTRE ESTADO COMPETENTE Y ESTADO RESPONSABLE

THE PROTECTION OF UNACCOMPANIED MINORS ASYLUM-SEEKERS: BETWEEN COMPETENT STATE AND RESPONSIBLE STATE

MARTA REQUEJO ISIDRO
Senior Research Fellow
Max Planck Institute Luxembourg
Universidad de Santiago de Compostela
orcid ID: 0000-0003-0661-222X

Recibido: 19.06.2017 / Aceptado: 24.08.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3883>

Resumen: Los instrumentos de la segunda generación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) incorporan el interés superior del menor como consideración primordial. En consonancia con ello prevén medidas de protección de los menores, en particular de los no acompañados, a adoptar primero por el Estado miembro que determina el Estado miembro responsable de decidir sobre la solicitud de asilo, y luego por este mismo. Por su parte, inspirado también en el interés superior del menor el Reglamento Bruselas II bis regula la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Habida cuenta de la convergencia es legítimo preguntarse por las relaciones entre los textos. Si del examen resulta una falta de alineación de los instrumentos susceptible de afectar negativamente a los menores a los que presuntamente quieren proteger será preciso reflexionar sobre cómo resolver los conflictos.

Palabras clave: menores no acompañados, solicitud de protección internacional, competencia judicial internacional, Estado miembro responsable, Reglamento Bruselas II bis, Reglamento de Dublín III.

Abstract: The Common European Asylum System (CEAS) instruments of second generation incorporate the child's best interests as a primary consideration. Accordingly, they provide for measures to protect minors, in particular unaccompanied ones, to be adopted firstly by the Member State which determines the Member State responsible for examining an application for international protection, and then by the latter Member State. Inspired as well by the best interests of the child, the Brussels II bis regulation sets the rules on international jurisdiction in matters of parental responsibility. The convergence begs the question of the interface between the texts. If the examination results in a lack of alignment among the instruments that may adversely affect the individuals they are meant to protect it will be necessary to reflect on how to resolve the conflict.

Keywords: unaccompanied minors, application for international protection, jurisdiction, responsible Member State, Brussels II bis regulation, Dublin III regulation

Sumario: I. Introducción. II. Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado (I): el menor no acompañado en el SECA. 1. Protección del menor extranjero no acompañado, con carácter general. 2. La protección del menor no acompañado en el SECA. A) Marco normativo.

Principios subyacentes; incorporación del interés superior del niño. B) Protección de los menores no acompañados en la secuencia de una solicitud de protección internacional. a) Alcance personal: “menor” y “menor no acompañado”. b) Medidas de protección. i. El representante. ii. Medidas de atención a los menores. C) Solicitud de asilo o protección subsidiaria. Distribución de competencias. a) Estado responsable y Estado determinante. b) Competencia del Estado determinante/Estado responsable para la adopción de medidas de protección del menor. Relación con la presencia. D) Estado responsable e interés superior del menor. III. Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado (II): el menor solicitante de asilo en el Reglamento Bruselas II bis. 1. Introducción. 2. Delimitación material del Reglamento: protección de los menores no acompañados según el SECA. A) Delimitación de “materia civil”. B) Inclusión de las medidas de protección del SECA. 3. Ámbito de aplicación personal. A) “Menor”. B) “Refugiado”. 4. Los criterios de competencia judicial internacional. A) La (*a priori*) irrelevancia de la residencia habitual. Foro de la presencia. B) El foro de la residencia habitual. IV. Conflictos entre ambos regímenes. Propuestas de solución. 1. Conflictos. 2. Propuestas de solución. A) Consolidación. a) Consolidación desde el Reglamento Bruselas II bis. b) Consolidación desde el SECA. B) Cooperación. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. En 2015, la Unión Europea registró cerca de 88.300 solicitudes de asilo de menores no acompañados llegados irregularmente a los Estados miembros. Este registro implica que la llegada de menores de 18 años sin la compañía de un adulto responsable de ellos se cuadruplicó en comparación con el año anterior, 2014, en el que hubo 23.000 solicitudes de protección internacional. Las cifras de años anteriores también fueron mucho más bajas, oscilando entre 11.000 y 13.000 solicitudes anuales para el conjunto de la UE en 2008-2013. De los que llegaron en 2015 a la UE más de la mitad, 50.500 personas, tenían entre 16 y 17 años de edad. El 13% tenían menos de 14 años, y el 29% entre 14 y 15 años¹.

2. El estatuto jurídico de los menores migrantes resulta de diversas fuentes –nacionales, internacionales y europeas– que crean un régimen complejo para los menores migrantes acompañados y no acompañados. La mayoría de las reglas y mecanismos abordan la relación de los migrantes y el Estado y pertenecen a lo que puede ser etiquetado como “Derecho público”: derecho de asilo, disposiciones sobre extranjería, leyes migratorias, educativas o sanitarias. Sin embargo, este ámbito muestra –como tantos otros– la artificialidad del denominado “private-public divide”, y el potencial de los mecanismos y esquemas de Derecho privado para contribuir eficientemente a la regulación y solución de los problemas.

3. La afirmación anterior es válida también para el Derecho internacional privado (DIPr). Hay muchas circunstancias que exigen que el DIPr intervenga en un contexto de migración: de hecho hay reglas de DIPr en los textos de convenios internacionales específicos en la materia, como la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (véanse los artículos 12 a 16). Disposiciones destinadas a proteger a los migrantes vulnerables, ya sean menores de edad o adultos, aparecen en instrumentos de DIPr, como el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (CLH 1996: véase el art. 6), el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos (véase el art. 6), o el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Reglamento Bruselas II bis: véase el art. 13).

¹ Fuente: <http://www.elmundo.es/internacional/2016/05/02/57277549468aeb3a6e8b4585.html>, basada en datos de Eurostat. *Vid.* también *The protection of children in migration. General background paper*, 10th European Forum on the rights of the child (29-30 November 2016), en http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=34456. Todas las páginas web citadas han sido visitadas por última vez el 18 de junio de 2017.

4. Hasta hace poco la relación entre DIPr y migración, y más en particular, el Derecho Internacional de los refugiados, no ha sido objeto de especial atención en la doctrina². La situación está cambiando rápidamente³, a pesar de lo cual la investigación acerca de la interacción entre ambos, ya sea en general o sobre aspectos concretos, es todavía limitada. Es en este contexto en el que se sitúa el presente artículo, cuyo punto de partida es la siguiente constatación: la preocupación específica por la protección del menor se ha incorporado a los instrumentos de la UE que regulan la solicitud de protección internacional, experimentando una evolución importante desde los primeros a los vigentes; es centro de atención en las propuestas de modificación de los mismos, que datan de 2016⁴; desde la UE se encargan estudios *ad hoc*⁵. Al mismo tiempo la protección del menor –de cualquier menor, migrante o no– inspira las soluciones de textos de DIPr europeo, en particular del Reglamento Bruselas II bis, hoy a las puertas de ser modificado⁶. Habida cuenta de esta (al menos aparente) convergencia, es legítimo preguntarse por las relaciones entre los distintos textos europeos; lo confirman las referencias que se hacen de unos a otros, aunque sean aún escasas e imprecisas⁷. Si del examen resulta una falta de alineación de los instrumentos susceptible de afectar negativamente a los menores a los que presuntamente quieren proteger habrá que preguntarse cómo resolver los conflictos. Dada la magnitud potencial del análisis hemos decidido centrarnos sólo en determinados menores –los no acompañados⁸–, y en las reglas relativas a la determinación del Estado miembro responsable (en la jerga del Sistema Europeo Común de Asilo, SECA) para decidir sobre una solicitud de asilo, y su relación con las de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis.

² Vid. V. CHETAIL, “Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d’une brève rencontre”, *JDI*, 2014, pp. 447-475, esp. p. 451 – pero vid. no obstante C. LASS, *Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht*, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1995, donde DIPr es igual a conflicto de leyes. La perspectiva clásica aparece también en P. MANKOWSKI, “Dual and Multiple Nationals, Stateless Persons and refugees”, en S. LEIBLE (ed.), *General principles of European Private International Law*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 189-210. En relación con menores vid. *Children on the move: how to implement their right to family life*, J. DOEK, H. VAN LOON P. VLAARDINGERBROEK (eds.), Martinus Nijhoff, La Haya, 1996.

³ Vid. V. VAN DEN EECKHOUT, “Private international law questions that arise in the relation between migration law (in the broad sense of the word) and family law: subjection of PIL to policies of migration law”, Background paper- PILAGG-Presentation, 24 de enero de 2013, <http://ssrn.com/abstract=2203729>; las conclusiones del GEDIP en sus reuniones de Luxemburgo (2015) y Milán (2016), en http://www.gedip-egpil.eu/gedip_reunions.html; fue objeto de una comunicación por J. VERHELLEN en una conferencia en Edimburgo, el 24 de febrero de 2017, y comienza a ser objeto de estudio en la Universidad (por ejemplo, el seminario de J. VON HEIN en Friburgo bajo el título “Flüchtlingskrise, Migration und Internationales Privatrecht: Herausforderungen und Perspektiven”). Vid también A. FIORINI, “The Protection of the Best Interests of Migrant Children - Private International Law Perspectives”, en G Biagioni & F Ippolito (eds), *Migrant Children in the XXI Century. Selected Issues of Public and Private International Law*, Series “La ricerca del diritto”, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 379-418 (y <https://ssrn.com/abstract=2862361>).

⁴ Vid. el documento “Child-specific provisions in the Common European Asylum Package. Proposals of 4 May 2016 and 13 July 2016”, en http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights_child/ceas_provision_on_children_table_updated.pdf.

⁵ El día 15 de junio se hacía público el encargo por el Parlamento Europeo (Comité JURI): “Children on the Move: A Private International Law Perspective”, PE 583.158, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU\(2017\)583158_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU(2017)583158_EN.pdf).

⁶ Vid. la propuesta de la Comisión, de junio de 2016, COM(2016) 411 final; y el Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre la 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), de mayo de 2017.

⁷ Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Protección de los menores migrantes”, COM(2017) 211 final, p. 11; también las Conclusiones del AG P. Cruz en el as. C- 648/11, ECLI:EU:C:2013:93, al hilo de la interpretación del Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, Reglamento de Dublín II.

⁸ En el pasado la Comisión ha prestado una atención especial a los menores no acompañados: vid. el Plan de acción sobre menores no acompañados para el periodo 2010-2014, COM(2010)213 final. Actualmente la Comisión prefiere un “comprehensive approach to the protection of children in migration”: vid. Comunicación de la Comisión de 10 de febrero de 2016 sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración, COM(2016) 85 final, así como la carta dirigida por F. Timmermans y V. Jourová a Lord Boswell of Aynho, el 6 de diciembre de 2016, C (2016) 7829 Final (<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/C-2016-7829-F1-EN-MAIN.PDF>). No obstante, en los instrumentos del SECA reciben aún un tratamiento propio.

II. Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado (I): el menor no acompañado en el SECA

1. Protección del menor extranjero no acompañado, con carácter general

5. La detección de un menor no acompañado sobre el territorio español desencadena un conjunto de actuaciones tendentes a su protección, idénticas con independencia de su caracterización como migrante y como solicitante o no de asilo o protección subsidiaria. Tal solicitud, por su parte, da lugar a actuaciones particulares. No hay una normativa común (europea) para lo primero; sí, en cambio, como veremos en el apartado siguiente a este, para lo segundo.

6. La protección del menor no acompañado en España está enmarcada por los instrumentos internacionales en que España es parte, en particular el Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 5 de enero de 1991, y por la Constitución Española, en su art. 39.4. A nivel de ley se encuentra regulada por el Código civil; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en particular en su art. 35, y su Reglamento (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000), en los arts. 189 y siguientes. Finalmente, aunque carece de valor jurídico vinculante debe añadirse el Protocolo Marco de Menores Extranjeros no Acompañados, adoptado en julio de 2014 conforme al art. 190.4 del Reglamento de extranjería⁹.

7. La naturaleza de la protección del menor extranjero no acompañado, que recibe en tanto que menor y extranjero, y que no es incompatible con la que pueda merecer en forma de protección internacional¹⁰, es mixta. Son las Entidades públicas, de carácter administrativo, las que adoptan las medidas, si bien en aplicación (en parte) del Derecho civil, y con sujeción cuando proceda al control judicial de los órganos de la jurisdicción ordinaria. La secuencia de la protección del menor no acompañado sería la siguiente: una vez detectado queda bajo la guarda provisional de la Entidad durante el período en que se trata de identificarle, conocer sus circunstancias, determinar si procede la repatriación, y de establecer si se encuentra en situación de desamparo. Si no es repatriado y se declara la situación de desamparo la Entidad asume *ex lege* la tutela adoptando las medidas para su guarda: acogimiento familiar o residencial; de urgencia, temporal, permanente; profesionalizado o no. Conforme al art. 35.7 Ley de extranjería el menor tutelado por una Administración pública o en virtud de resolución judicial posee en España residencia regular, en tanto sea menor; la autorización se otorgará a instancia del organismo que ejerza la tutela.

2. La protección del menor no acompañado en el SECA

A) Marco normativo. Principios subyacentes; incorporación del interés superior del niño

8. El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) reúne un paquete de normas de distinta naturaleza –reglamento y directivas– tendentes a aproximar los ordenamientos de los Estados miembros. Sus orígenes se sitúan en 1990, en la normativa sobre asilo incluida en el Convenio de aplicación del acuerdo Schengen¹¹, y el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas-Convenio de

⁹ Hecho público por Resolución de 13 de octubre de 2014 del Ministerio de la Presidencia, BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

¹⁰ *Vid.* sobre confusión al respecto I. Claro Quintáns, I. Lázaro González, “Cuestiones de Derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, en C. Martínez García (Coord.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, 2016, pp. 765-798, esp. p. 796.

¹¹ De 19 de junio de 1990, DOCE L 293, de 22 de septiembre de 2000, arts. 28-38.

Dublín, en vigor desde 1997¹². La evolución posterior se produjo en dos etapas: la primera se apoyaba en la competencia limitada prevista en el art. 63 (2) (a) TCE; la segunda posee una base más sólida en el Tratado de Lisboa, en vigor desde diciembre de 2009. El resultado final (a día de hoy) son estos cinco instrumentos: la Directiva “requisitos”, Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)¹³; la Directiva “procedimientos”, Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición)¹⁴; la Directiva “acogida”, Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición)¹⁵; el Reglamento de Dublín III, Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundición)¹⁶; y el Reglamento (UE) núm. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares¹⁷. En el momento en que se escriben estas líneas el sistema está pendiente de reforma¹⁸.

9. A los efectos de este estudio nos interesa ante todo el Reglamento núm. 604/2013, Reglamento de Dublín III, pieza fundamental del SECA; y en menor medida, porque carecen de normas de distribución de competencia (responsabilidad) entre los EM, las directivas. Importa indicar que los instrumentos están sujetos a la posibilidad de *opt-out* del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda¹⁹, y que el ejercicio de la misma ha sido desigual generando un panorama complejo que no vamos a desarrollar, pero que sin duda deberá ser tenido en cuenta a la hora de analizar la relación entre estas reglas y las contenidas en el Reglamento Bruselas II bis, que sí vincula al Reino Unido e Irlanda, aunque no a Dinamarca.

10. La filosofía del SECA se resume en los siguientes objetivos: facilitar el acceso al procedimiento de asilo a las personas necesitadas de protección; permitir la adopción de decisiones más justas, rápidas y acertadas; asegurar a quienes temen persecución que no se les devolverá a la situación de peligro; y, finalmente, ofrecer condiciones dignas y aceptables tanto a los solicitantes de asilo como a los beneficiarios de protección internacional dentro de la Unión²⁰. De los distintos modelos que habría sido posible adoptar al amparo de tal filosofía, los sucesivos instrumentos que en desarrollo del art. 78.2 (e) TFUE establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria –Estado al que corresponderá la adopción del grueso de las medidas de protección de los menores no acompañados que son centro de atención

¹² DOCE C 254, de 19 de agosto de 1997.

¹³ DOUE L 337, de 20 de diciembre de 2011.

¹⁴ DOUE L 180/60, de 29 de junio de 2013.

¹⁵ DOUE L 180/96, de 29 de junio de 2013.

¹⁶ DOUE L 180/31, de 29 de junio de 2013.

¹⁷ DOUE L 180/1, de 29 de junio de 2013.

¹⁸ El 4 de mayo de 2016 la Comisión presentó un primer conjunto de propuestas de reforma del SECA que afectarán al Reglamento de Dublín III, entre otros: COM(2016) 270 final. El segundo paquete se presentó en julio de 2016, relativo a las Directivas: COM(2016) 465 final. El Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), data de 24 de febrero de 2017.

¹⁹ *Vid.* para orientación el cuadro reproducido por K. HAILBRONNER, D. THYM, “Legal Framework for EU Asylum Policy”, en K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2ª ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, 2016, pp. 1023-1053, *esp.* para. 7. Otros países (los países “asociados”) están vinculados por alguno de los instrumentos: es el caso de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, en relación con el Reglamento de Dublín III.

²⁰ “Un Sistema Europeo Común de Asilo”, Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, Luxemburgo, 2014, p. 1.

aquí²¹– tienen como objetivo general y prioritario el de hacer tal determinación de forma rápida²², evitando las solicitudes múltiples y el “fórum shopping” de los solicitantes. En este marco la voluntad de estos últimos se tiene en cuenta de forma limitada: su consentimiento se requiere solo en relación con determinados criterios basados en vínculos familiares²³. En general tampoco es relevante, de cara a identificar el Estado miembro responsable, la vinculación más estrecha que el solicitante pueda presentar con un Estado de la UE; y no se procura tampoco una correspondencia entre los solicitantes y los Estados de acogida, de forma a facilitar la integración de aquellos en estos²⁴.

11. El tratamiento de los menores no acompañados representa una excepción a lo anterior. Todos los instrumentos del SECA en vigor incorporan el principio del interés superior del menor. En lo que respecta en particular al sistema de Dublín se aprecia una evolución importante desde el Reglamento de Dublín II al actual Dublín III. Conforme a los arts. 6.1 y 15.3 del primero el interés del menor se identifica en primer término con la reagrupación familiar; pero a tenor de su Cdo. núm. 6 la unidad de las familias solo debe preservarse “en la medida en que sea compatible con los restantes objetivos del establecimiento de criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo”. Ahora se lee en el Cdo. núm. 13 del Reglamento de Dublín III que “De conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el interés superior del niño debe constituir una consideración primordial de los Estados miembros en la aplicación del presente Reglamento”. Las Directivas incluyen indicaciones similares²⁵. En el articulado ello cuaja en garantías y medidas de protección para los menores no acompañados y se refleja también en los criterios de determinación del Estado responsable. A continuación presentaremos estos aspectos, previo el análisis de las nociones de “menor” y “menor no acompañado” en el contexto del SECA.

B) Protección de los menores no acompañados en la secuencia de una solicitud de protección internacional

a) Alcance personal: “menor” y “menor no acompañado”

12. Conforme al art. 2 (i) del Reglamento de Dublín III es menor el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años. De acuerdo con la letra (j), es menor no acompañado el que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a los usos del Estado miembro de que se trate, y mientras no esté efectivamente al cuidado de tal adulto; el concepto incluye a los menores que quedan sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros²⁶. La definición es la misma que se emplea en las Directivas “requisitos” –art. 2 (l)–, “procedimiento” –art. 2 (m)–, y sobre las condiciones de acogida –art. 2 (e)–. Se separa en cambio de las “Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo” de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, de febrero de 1997, por cuanto en los instrumentos SECA de la UE el menor sigue siéndolo aun cuando haya alcanzado la mayoría de edad antes de los 18 años conforme a su ley nacional. Tampoco coincide con la definición de menor en el Reglamento Bruselas II bis actual²⁷.

²¹ Junto con el Estado miembro que determina cuál es el Estado responsable, al que llamaremos “Estado determinante”: *vid. infra.* en el apartado C) b).

²² *Vid.* Cdo. núm. 5 Reglamento de Dublín III.

²³ Art. 9, 10 y 16 (1) Reglamento de Dublín III.

²⁴ F. MAIANI, “The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?”, en V. CHETAIL, PH. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2016, pp. 103-142, *esp.* pp. 103-105.

²⁵ *Vid.* Cdo. núm. 33 de la Directiva 2013/32/UE; Cdo. núm. 9 de la Directiva 2013/33/UE, que a diferencia de los anteriores alude también al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

²⁶ La definición retoma la enunciada ya en 1997 por el Consejo de la Unión Europea en la *Resolución sobre menores no acompañados nacionales de terceros países* (97/C 221/03), de 26 de junio de 1997.

²⁷ *Vid. infra* bajo III.3.A).

13. Se entiende que el “adulto responsable” cuya ausencia confiere la condición de “no acompañado” es aquel que ostenta la representación legal del menor²⁸, y ello, a tenor del texto, conforme a la ley del Estado miembro donde este último se halle presente, y no de su ley personal. Por otro lado, se desprende de la referencia en el art. 8 (“Menores”) al menor casado cuyo cónyuge no esté presente legalmente en el territorio de los Estados miembros, que el estado de casado y eventualmente, en virtud de ello, de emancipado, no altera la cualidad de “menor” a los efectos del SECA.

b) Medidas de protección

14. Los instrumentos del SECA prevén garantías específicas para la protección de los menores no acompañados en distintos momentos de la secuencia de una solicitud de protección internacional. De entrada, cuando se formula la petición, así como durante los procedimientos: se trata de una protección interina, temporal (Directiva “acogida” y “procedimientos”; Reglamento de Dublín III). Con posterioridad (Directiva “requisitos”) se pretende que las soluciones sean duraderas y estables. Ello no obstante, la estabilidad es un valor deseable en todo caso tratándose de menores²⁹.

i. El representante

15. El nombramiento de un representante del menor no acompañado es un imperativo común a la Directiva “procedimientos”, la Directiva “acogida” y el Reglamento de Dublín III. Los tres incluyen una definición de la figura³⁰: la persona o la organización designada por las autoridades competentes para que asista y represente al menor no acompañado en los procedimientos previstos en el instrumento correspondiente, con vistas a garantizar el interés superior del menor y ejercer la capacidad jurídica en su nombre cuando sea necesario. En el articulado de las Directivas esa función tiene por objeto permitir al menor disfrutar de los derechos y cumplir con las obligaciones previstas en ellas³¹; en el Reglamento de Dublín III la representación y asistencia se refiere a “todos los procedimientos previstos”. La Directiva sobre procedimientos prevé que el representante sea el mismo al que se refiere la Directiva “acogida”; nada se dice al respecto en el Reglamento de Dublín³².

16. Tal como se indica en el documento elaborado por la FRA y la Comisión Europea en 2014 a propósito de la tutela de niños privados de atención parental, el nombramiento del representante en el SECA tiene como solo objetivo el de la representación en procedimientos específicos; no puede ser considerado equivalente a un tutor, pues su mandato no cubre todos los aspectos de la vida y el desarrollo del menor³³. En contraste con esta idea, la Directiva “requisitos” exige en su art. 31 que tan pronto como sea posible después de la concesión de la protección internacional los Estados miembros adopten las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores mediante un tutor legal³⁴. Es interesante

²⁸ A. DE PALMA DEL TESO, “La condición de menor no acompañado en nuestro Derecho de extranjería: definición común en la Unión Europea. La kafala del Derecho islámico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2011, pp. 101-138, esp. pp. 111-114.

²⁹ *Vid.* el art. 24.1 Directiva “acogida”: Para garantizar el bienestar y el desarrollo social del menor, mencionados en el artículo 23, apartado 2, letra b), solo se cambiará a la persona que actúe de representante (primera y esencial medida de protección) cuando sea necesario. En parecido sentido, art. 25.1 Directiva “requisitos”.

³⁰ Respectivamente: art. 2 (n), art. 2 (j), art. 2 (k).

³¹ Art. 25 de la Directiva “procedimientos”; art. 24 de la Directiva “acogida”.

³² La coincidencia en una misma persona estaba contemplada en el régimen previo. El Reglamento de Dublín II no contemplaba la representación de los menores no acompañados a la hora de solicitar la protección, pero sí lo hacía la Directiva 2005/85/CE, “procedimientos”, en el art. 17.1 a): “los EM adoptarán tan pronto como sea posible medidas para asegurar que un representante actúe en nombre del menor no acompañado o le asista con respecto al examen de la solicitud”. Continuaba señalando que “Dicho representante también podrá ser el representante mencionado en el artículo 19 de la Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros”.

³³ *Guardianship for Children Deprived of Parental Care*, Publicaciones de la Oficina de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, p. 38.

³⁴ Se añade “o, en caso necesario, mediante una organización encargada del cuidado y bienestar del menor o cualquier otro tipo de representación adecuada, incluida la que fijen las disposiciones legales o una resolución judicial”.

observar que la Directiva que precede la actual sobre procedimientos, la Directiva 2005/85/CE³⁵, definía al representante como “la persona que actúa por cuenta de una organización que representa al menor no acompañado como tutor legal, o que actúa por cuenta de una organización nacional que es responsable del cuidado y bienestar de los menores, o cualquier otro tipo de representación designada para velar por sus intereses”. La Directiva previa a la actual 2013/33/UE, “acogida”, también partía de la preferencia por la tutela legal en su art. 19; y la misma idea se mantiene en los trabajos previos que desembocaron en el texto refundido³⁶. Los textos finales, como hemos visto, no recogen ya esa referencia, sino la del representante, más limitada y específica en sus funciones³⁷. Más adelante veremos qué consecuencias podrían derivar de ello.

ii. Medidas de atención para los menores

17. La Directiva “acogida” (art. 24) y la Directiva “requisitos” (art. 31), establecen la obligación de los Estados miembros de velar por que los menores no acompañados sean acomodados, ya sea: a) con parientes adultos, o b) en una familia de acogida, o c) en centros especializados en el alojamiento de menores, o d) en otros alojamientos adecuados para menores, manteniendo en lo posible juntos a los hermanos, teniendo en cuenta el interés superior del menor de que se trate y, en particular, su edad y grado de madurez.

18. Aunque no se indica, no es descabellado afirmar que existe una ordenación en cascada de las posibilidades de colocación; ello sería coherente con el art. 20 (3) Convenio sobre Derechos del Niño de 1989. En cualquier caso, no parece que exista ninguna especialidad (en términos jurídicos) de estas medidas por el hecho de aplicarse a menores no acompañados solicitantes de asilo, en comparación con cualquier otro menor.

C) Solicitud de asilo o protección subsidiaria. Distribución de competencias

a) Estado responsable y Estado determinante

19. En el SECA se designa como “Estado responsable” al que se pronunciará sobre la solicitud de protección internacional en cuanto al fondo. Cuál es el Estado miembro responsable se determina en el Reglamento de Dublín III conforme a criterios objetivos, esto es, ajenos a la voluntad del solicitante, con una cláusula de cierre a favor del Estado donde se haya presentado la solicitud³⁸. Para los menores no acompañados se prevén criterios específicos en el art. 8, cada uno subsidiario del precedente, y todos ellos supeditados al interés superior del menor. En tanto que ley especial las reglas del art. 8 prevalecen sobre las generales; no obstante, está admitido que algunas de estas entren todavía en juego en virtud de su carácter excepcional en todo caso: así, las previsiones del art. 3 (2) apdos 2 y 3³⁹, y las cláusulas dis-

³⁵ DOUE L 326, de 13 de diciembre de 2012.

³⁶ *Vid.* la Directiva 2003/9/CE, DOUE L 31, de 6 de febrero de 2003, art. 19; y la Propuesta modificada para la refundición de la Directiva acogida – COM (2011) 320 final, art. 2 (j), “la persona o la organización designada por las autoridades competentes como tutor legal para que asista y represente al menor no acompañado en los procedimientos previstos en la presente Directiva con vistas a garantizar el interés superior del menor y ejercer la capacidad jurídica en nombre de éste cuando fuere necesario”

³⁷ La situación puede cambiar si prospera el texto del Informe del Parlamento Europeo a la propuesta de Comisión para la refundición del Reglamento de Dublín III (*supra*, nota al pie 18): la segunda mantiene la figura del representante, mientras que el primero reintroduce la del tutor, *vid.* Cdo. núm. 20, art. 8, entre otros.

³⁸ A diferencia de lo que se propone para el futuro (*vid.* nota al pie núm. 42), el sistema en vigor no establece la obligación de presentar la solicitud en un Estado miembro determinado. En todo caso, sólo excepcionalmente cabe que la solicitud se presente en un Estado desde el territorio de otro (*vid.* art. 20.4 Reglamento de Dublín III).

³⁹ Imposibilidad de realizar el traslado al Estado miembro responsable determinado conforme a los criterios del reglamento “debido a que hay razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante”. Texto adoptado como consecuencia de la decisión del TJUE en los asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

crecionales del art. 17⁴⁰. Por otra parte, es legítimo preguntarse cómo se determina el Estado responsable cuando resulten inaplicables todos los criterios previstos en el art. 8.

20. Antes de abordar las normas que conducen al Estado responsable conforme al art. 8 es preciso referirse, si quiera brevemente, a las que indican cuál es el Estado donde, en aplicación de las mismas, se identificará a aquel, y donde, por lo que a los menores no acompañados se refiere, deberán adoptarse las primeras medidas de protección, comenzando por el nombramiento del representante aludido más atrás⁴¹. En este sentido la regla es que el Estado miembro donde se solicita el asilo es el que determina cuál (si él mismo, u otro) es responsable para esa solicitud; en otras palabras, es la instancia de asilo lo que determina la competencia de un Estado miembro para decidir aquel que resolverá sobre el fondo de la petición de asilo⁴². Sólo excepcionalmente cabe que la solicitud se presente en un Estado desde el territorio de otro⁴³.

21. En el caso de menores no acompañados es Estado miembro responsable conforme al art. 8 aquel en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia o un hermano, siempre que ello redunde en el interés superior del menor; en su defecto, el Estado en el que el menor tenga un pariente que esté legalmente presente allí, si se comprobare, sobre la base de un examen del caso concreto, que dicho pariente puede ocuparse del menor, y siempre que ello redunde en su interés superior. Cuando existan miembros de la familia y parientes presentes en más de un Estado miembro, el Estado miembro responsable se determinará en función del interés superior del menor no acompañado. Es pertinente indicar que el Reglamento define en su art. 2 (g) y (h) las nociones de miembros de la familia y parientes, supeditando el reconocimiento de la familia a que la misma ya existiera en el país de origen.

22. Finalmente, a falta de un miembro de la familia o de un pariente el Estado miembro responsable será aquel en el que el menor no acompañado haya presentado su solicitud de protección internacional, siempre que esto redunde en su interés superior. Esta última regla debe aplicarse también si aun existiendo miembros de la familia o parientes la reunión con ellos no opera en beneficio del interés superior del menor. No hay en el Reglamento indicaciones sobre el criterio a seguir en el caso de que ninguno de los expuestos obre a favor de ese interés.

b) Competencia del Estado determinante/Estado responsable para la adopción de medidas de protección del menor. Relación con la presencia

23. Si bien no se explicita en ningún sitio que corresponda a los Estados determinante –primero– y al responsable –luego– la competencia para adoptar las medidas de protección del menor en casos que por definición son internacionales, lo contrario sería ilógico, y sobre todo poco práctico. En términos de proximidad está justificado por la presencia del solicitante en el territorio: y es que la filosofía del sistema es, como veremos en un momento, hacer de esa presencia una carga u obligación. Debe notarse que la afirmación no significa que no puedan existir otros foros competentes para tomar medidas de protección de un menor no acompañado por razón de proximidad, como la residencia habitual; ni prejuzga cuál deba ser la relación entre ellos⁴⁴.

⁴⁰ La utilización del art. 17 a estos efectos se ha producido en decisiones recientes: R (on the application of RSM and Another) v Secretary of State for the Home Department [2017] UKUT 124 (IAC), de 12 de abril de 2017. Anteriormente, en aplicación del art. 15 Reglamento de Dublín II, *vid.* la sentencia austriaca del Tribunal de Asilo (AsylGH), de 27 de julio de 2010, S8 413923-1/2010. Ambas son accesibles desde la web <http://www.asylumlawdatabase.eu>.

⁴¹ *Supra*, bajo 2. B) b) i. Por cuestiones de espacio, y también porque el rol del Estado solicitante en la protección del menor es interina, nuestro análisis sobre la relación con el Reglamento Bruselas II bis se centra esencialmente en el Estado responsable.

⁴² De conformidad con el Cdo. núm. 13 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), COM(2016) 465 final, los solicitantes no tienen derecho a elegir el Estado miembro de solicitud: deben presentarla en uno determinado.

⁴³ *Supra* nota al pie núm. 38.

⁴⁴ Sobre esto versa precisamente este estudio: *vid. infra* bajo III.

24. Con la salvedades que apuntaremos en el Reglamento de Dublín III la presencia no es en sí criterio atributivo de responsabilidad, pero el sistema está orientado a que el solicitante se halle físicamente en los Estados determinante y responsable a lo largo de los distintos procesos que se llevarán a cabo en uno y otro: de ahí los traslados. Aunque no se expresa en estos términos- sí se hace en cambio en las propuestas de revisión en curso⁴⁵- estar presente es en gran medida una obligación; la ausencia puede entender como retirada implícita de la solicitud, a tenor del art. 28 Directiva 2013/32/UE. Esto, por supuesto, no elimina los desplazamientos en la práctica. En todo caso, lo que cabe decir ya es que la lógica es la inversa a la del Reglamento Bruselas II bis, en el que las circunstancias personales del individuo (su residencia habitual, su presencia en un Estado miembro) desencadenan la competencia judicial internacional, y no a la inversa (la responsabilidad de un Estado miembro para resolver sobre la solicitud de protección internacional trae como consecuencia la presencia del individuo en ese Estado).

25. Existen con todo tres supuestos de excepción en que la presencia determina cuál será el Estado responsable: uno contempla los menores no acompañados, en determinadas circunstancias⁴⁶. En realidad no se halla recogido en el Reglamento de Dublín III, sino que resulta de la decisión del TJ en el as. C-648/11⁴⁷, pendiente cuando se adoptó el Reglamento. La trascendencia de la decisión se aprecia en el hecho de que dio lugar a incluir una Declaración en el propio Reglamento, en virtud de la cual “El Consejo y el Parlamento Europeo invitan a la Comisión a que, sin perjuicio de su derecho de iniciativa, estudie la conveniencia de revisar el artículo 8, apartado 4, de la refundición del Reglamento de Dublín III, una vez que el Tribunal de Justicia dicte sentencia sobre el asunto C-648/11, MA, BT, DA/Secretary of State for the Home Department, y a más tardar, en los plazos fijados en el artículo 46 del Reglamento de Dublín”⁴⁸. Conforme a la sentencia del TJUE cuando un menor no acompañado, que no tiene ningún familiar o pariente que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado miembro, ha presentado solicitudes de asilo en más de un Estado miembro, es “Estado miembro responsable” en el sentido del Reglamento de Dublín III el Estado miembro en el que se encuentre el menor después de haber presentado en él una solicitud de asilo. La regla supone una excepción a la llamada *freezing rule* del art. 7 del mismo texto, conforme a la cual la situación a tener en cuenta para la determinación del Estado miembro responsable es la existente en el momento en que el solicitante presentó su solicitud de protección internacional por primera vez ante un Estado miembro. Entendemos que representa también una excepción a la *perpetuatio iurisdictionis*⁴⁹.

D) Estado responsable e interés superior del menor

26. El interés superior del menor se ha convertido en un principio del SECA. A la pregunta sobre cuál es su naturaleza en este marco hay que responder de entrada que es predominante sustantivo, y no

⁴⁵ Art. 4.3 b) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), COM(2016) 270 final, no enmendado por el Parlamento en su Informe de 24 de febrero de 2017; Cdo. núm. 8, núm. 14, art. 17 bis, entre otros, de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), COM(2016) 465 final.

⁴⁶ Los otros dos podrían afectar por igual a menores o adultos: son los contemplados en el art. 20.4 y art. 20.5.

⁴⁷ ECLI:EU:C:2013:367.

⁴⁸ De esta Declaración surgió la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 604/2013 en lo que se refiere a la determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional de un menor no acompañado que no tenga a ningún miembro de la familia, hermano o pariente presente legalmente en un Estado miembro, de junio de 2014, COM(2014) 382 final. No se retoma en la Propuesta actual (se indica en p. 5 de la misma que dado que la propuesta difiere de la realizada en junio de 2014, la Comisión tiene la intención de retirar esta, habida cuenta de que hasta el momento ha sido imposible llegar a un acuerdo), como tampoco en el Informe del Parlamento a la misma, de 24 de febrero de 2017. Estos dos documentos no coinciden en el criterio a aplicar.

⁴⁹ Esta es también la lectura de UNHCR, en sus *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 604/2013 as regards determining the Member State responsible for examining the application for international protection of unaccompanied minors with no family member, sibling or relative legally present in a Member State*, pp. 4-5, en <http://www.refworld.org/pdfid/54e1c2924.pdf>.

procesal, ni siquiera a la hora de determinar el Estado responsable para conocer de la solicitud de protección. Así se desprende del art. 8, y de Cdo. 13 y el art. 6 (3) del Reglamento de Dublín III, que enumera como elementos a tener en cuenta a la hora de determinar el interés superior del niño las posibilidades de reagrupación familiar; el bienestar y el desarrollo social del menor; consideraciones de seguridad y protección, especialmente en caso de riesgo de que el menor sea víctima de trata de seres humanos; la opinión del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez.

27. De la sentencia del TJUE en el as. C-648/11, mencionada en el apartado anterior, puede resultar no obstante algo distinto: en otras palabras, una suma de consideraciones procesales a las sustantivas que hemos citado. *A priori*, por el sesgo de la decisión podría parecer que la preferencia del TJUE por el Estado de la presencia del menor está en la línea de los argumentos que justifican la competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas II bis. No es así: el razonamiento del TJUE se ubica en el contexto exclusivo del asilo. El TJUE no sigue las conclusiones del AG, Pedro Cruz, concebidas en términos de proximidad al menor en un sentido muy similar al que preside el reglamento Bruselas II bis como se desprende del para 74: “(...) el dato de la localización del menor en el momento de resolver cuál es el Estado responsable de examinar su solicitud de asilo ha de merecer una especial consideración, pues, por principio, para la adecuada defensa de los intereses del menor es preciso que cualquier decisión que le afecte sea adoptada por la autoridad que esté en situación de manera directa las circunstancias que le acompañan”, y del para 77, donde alude a “el examen del menor y la posibilidad de atender a su propia percepción (...)”⁵⁰. En cambio, el TJUE, en el para. 55 de la decisión, elige el argumento de la rapidez que es principio general del SECA, como enuncia el Cdo. núm. 4 del Reglamento de Dublín III⁵¹, y lo aplica al caso específico de los menores: la vulnerabilidad de estos y a la conveniencia de “no prolongar más de lo estrictamente necesario el procedimiento para determinar el Estado miembro responsable” aconseja que los menores no sean trasladados a otro Estado miembro”, y (para. 61) “no alargar inútilmente el procedimiento de determinación del Estado miembro responsable”. Esto es acorde con el Principio 50 de las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros: “En todos los procedimientos en que haya niños y niñas involucrados, el principio de urgencia debe ser aplicado para otorgar una respuesta rápida que proteja el interés superior de cada niño o niña en la medida que esto sea compatible con el principio de legalidad”.

III. Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado (II): el menor solicitante de asilo en el Reglamento Bruselas II bis

1. Introducción

28. Del Reglamento Bruselas II bis se dice que “constituye la piedra angular de la cooperación judicial en materia familiar en la Unión Europea”⁵², con sus normas uniformes de competencia relativas, por lo que aquí interesa, a los litigios sobre responsabilidad parental en situaciones transfronterizas; unas normas concebidas en función del interés superior del menor, a tenor del Cdo. núm. 12.

29. No cabe duda, a la luz del art. 13.2 Reglamento Bruselas II bis, de que el instrumento se aplica a fin de establecer el tribunal competente para adoptar medidas atinentes a la responsabilidad pa-

⁵⁰ ECLI:EU:C:2013:93.

⁵¹ Cdo. núm. 4 Reglamento de Dublín II: “Dicho procedimiento debe estar basado en criterios objetivos y equitativos tanto para los Estados miembros como para las personas afectadas. Debe hacer posible, en particular, una determinación rápida del Estado miembro responsable con el fin de garantizar un acceso efectivo a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y no comprometer el objetivo de celeridad en la tramitación de las solicitudes de asilo”.

⁵² Así lo califica la 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), COM (2016) 411 final, p. 2.

rental de menores refugiados o desplazados. El art. 13 se sitúa bajo la rúbrica “Competencia basada en la presencia del menor”; el apartado primero se refiere al caso en que no puede determinarse la residencia habitual del menor; el apartado segundo extiende el previo a los menores refugiados y a los desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país. Ahora bien, es pertinente preguntarse si forman parte de la noción de responsabilidad parental (o, incluso, un paso antes: si son materia civil) las medidas a las que hemos hecho referencia más atrás, en las que muchas veces interviene solo o predominantemente una autoridad administrativa y que se adoptan en el contexto específico del asilo. Si se concluye que así es habrá que proseguir el examen sobre el ámbito personal (cuáles son los menores contemplados por el Reglamento: en particular, si son los mismos que el SECA considera como tales), para analizar finalmente las reglas atributivas de competencia judicial internacional para la adopción de las medidas de protección, y su relación con las que sirven a determinar el Estado responsable en el régimen de Dublín.

30. El estudio se ciñe al Reglamento Bruselas II bis; no obstante se incluye el Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (CLH 1996), en la medida en que por su carácter de modelo de aquel (en particular su art. 6) ayude a entender las opciones del legislador europeo⁵³.

2. Delimitación material del Reglamento: protección de los menores no acompañados según el SECA

A) Delimitación de “materia civil”

31. Hablando en general (y desde luego hablando del caso español, ya aludido bajo II.1), la protección jurídica de los menores se caracteriza hoy por la combinación de instrumentos de distinta naturaleza: junto a las reglas de Derecho civil que rigen en el ámbito familiar, cuya aplicación corresponde a un juez, se han abierto camino modelos propios de la esfera jurídico-pública, donde son protagonistas autoridades administrativas en procedimientos administrativos, en los que no obstante se retoman figuras de protección civil como puede ser la guarda voluntaria o el acogimiento. El Reglamento Bruselas II bis tiene en cuenta estos desarrollos; es por ello por lo que la definición de lo que sea “civil” es autónoma, ajena a la atribución de competencias a las autoridades judiciales o administrativas⁵⁴. Únicamente así es posible alcanzar el objetivo del Reglamento de igualdad de trato a todos los menores: en otras palabras, este objetivo solo se logra si todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento⁵⁵.

32. En el marco del asilo intervienen decisiones de marcado carácter público: es el caso en particular de la decisión principal limitada estrictamente a otorgar la protección (o a reconocer la condición de refugiado, si se entiende que la decisión es declarativa⁵⁶). Otras, como el nombramiento de un representante en materia de asilo, o el acogimiento del menor, son auxiliares de aquella. En su Cdo. núm. 10 el Reglamento Bruselas II bis señala que “No se pretende que el presente Reglamento se aplique a (...) las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración”, lo que parece referirse a la decisión principal: una decisión de Derecho público, carente de contenido específico sobre la responsabilidad parental del menor, aunque arrastre consigo otras que afectan directamente a la organización de la vida del menor. En este punto el CLH 1996 es más claro: su art. 4 (j) deja fuera del Convenio “las decisiones sobre el

⁵³ Con posterioridad a la aceptación de este trabajo la Conferencia de La Haya publicó un estudio bajo el título *The application of the 1996 Hague Child Protection Convention to unaccompanied and separated children*, que puede consultarse en <https://assets.hcch.net/docs/acc9fb0f-7947-4766-815f-c002c289e82d.pdf>.

⁵⁴ STJUE, as. C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, para. 40, 45, 46, 48.

⁵⁵ *Loc. ult. cit.*

⁵⁶ Sobre la discusión acerca del carácter declarativo o constitutivo de la decisión sobre la solicitud de asilo *vid.* I. KRAFT, “Asylum Qualification Directive 2011/95/EU- Arts. 11 to 14”, en K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2ª ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, 2016, pp. 1191-1233, *esp.* p. 1225, para. 9.

derecho de asilo y en materia de inmigración”; el *Informe Lagarde* al Convenio⁵⁷, y el Manual sobre aplicación del Convenio⁵⁸, explican que “Sin embargo, sólo están excluidas las decisiones sustantivas sobre estas cuestiones. En otras palabras, la decisión respecto de si se otorgará o se denegará asilo o un permiso de residencia se encuentra excluida del ámbito del Convenio. No obstante, las medidas concernientes a la protección y/o representación de un niño que solicita asilo o un permiso de residencia quedarán comprendidas dentro del ámbito del Convenio”. El Manual continúa “Esto no afecta los procedimientos en el Estado contratante B para evaluar su reclamo de asilo. Sin embargo, el Convenio será aplicable en lo que respecta a la cuestión de disponer la representación del niño en cualquier reclamo de asilo”⁵⁹.

33. El Cdo. núm. 10 desaparece en la Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis⁶⁰, lo que no puede significar –aunque solo por una cuestión de coherencia en el sistema normativo de la UE en sentido amplio– que el Reglamento Bruselas II bis sea relevante para decidir sobre el fondo de la solicitud de protección internacional. El art. 13 se mantiene en todo caso, bajo otra numeración.

B) Inclusión de las medidas de protección del SECA

34. Algunas de las medidas que dentro del SECA tienden a proteger al menor no acompañado no se distinguen de cualquier otra que se adopte al margen de ese sistema, en el contexto general de protección de un menor. El TJUE ha señalado expresamente comprendido en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis el acogimiento en una familia de acogida en sus decisiones sobre los as. C- 435/06 y C-523/07⁶¹; se ha pronunciado del mismo modo en relación con el acogimiento de un menor en un centro asistencial en el as. C-92/12⁶². Aunque ninguno de estos casos concernía un menor solicitante de asilo, podemos afirmar que dada la ausencia de peculiaridades distintivas el acogimiento en familias de acogida, o en establecimientos *ad hoc*, al que se refiere los arts. 24 y 31 de las Directivas “acogida” y “requisitos”, respectivamente, caen en el ámbito de aplicación del Reglamento.

35. La situación es menos clara por lo que se refiere a la garantía específica prevista para la protección de menores no acompañados que consiste en el nombramiento de un representante. La respuesta afirmativa aparece en relación con el CLH de 1996 en el *Informe Lagarde*, así como en el Manual, como acabamos de ver; respecto del Reglamento Bruselas II bis lo señala expresamente algún autor⁶³. En nuestra opinión, sin embargo, la duda es legítima a la luz de la relación íntima que existe entre la representación y el contexto del asilo, y la diferencia con otras figuras que encarnan responsabilidad parental. Esto es especialmente claro en el caso del Reglamento de Dublín III: el núcleo de las funciones del representante se va a desarrollar en el marco procesal o procedimental del asilo; de hecho se concibe limitada al mismo. El representante legal sólo complementa la capacidad limitada del menor al efecto de ese procedimiento específico, no siendo responsable del conjunto de tareas que normalmente se asignan a un tutor, por lo que no es equiparable a él⁶⁴. Como consecuencia de ello los plazos requeridos para los nombramientos del representante y el tutor varían, como las autoridades que intervienen, al menos en algunos ordenamientos⁶⁵; añade la doctrina que es frecuente que se nombren diferentes representantes para

⁵⁷ *Informe explicativo del Convenio sobre la protección de los niños de 1996*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1998, para. 36 y para. 44.

⁵⁸ *Manual práctico sobre el funcionamiento del convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, para. 3.52.

⁵⁹ *Loc. ult. cit.*, para. 4.15.

⁶⁰ COM (2016) 411 final.

⁶¹ ECLI:EU:C:2007:714, la primera, y ECLI:EU:C:2009:225, la segunda.

⁶² ECLI:EU:C:2012:255. Lo que permite afirmar que el acogimiento en centros de menores queda incluido en el Reglamento, excepto en el caso de que estemos ante una detención penal.

⁶³ E. PATAUT, “Art. 13”, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, Munich, 2012, para. 9.

⁶⁴ *Vid. supra*, nota al pie núm. 34.

⁶⁵ *Vid. el caso de Austria*, donde el representante es nombrado inmediatamente, y el tutor solo al cabo de seis meses, siendo necesaria la intervención de un juez de menores: *Manual and Project Report. Dublin for Guardians* elaborado por Nidos, Caritas International, France Terre d’Asile, Países Bajos, 2015.

las cuestiones de asilo, y para el resto de las necesidades del menor⁶⁶; en la praxis se aprecia también una tendencia a separar ambos⁶⁷; Ello es congruente con la insistencia ya desde los instrumentos legales en que la persona del representante debe estar debidamente cualificada, lo que supone unos conocimientos jurídicos específicos⁶⁸ en relación con una normativa que si bien es de raíz europea posee todavía un gran componente local⁶⁹. Es por este motivo por lo que en última instancia, aun si prevaleciera la convicción de que el rol del representante en materia de asilo se enmarca en la responsabilidad parental en el sentido del reglamento Bruselas II bis, sería oportuno preguntarse sobre la idoneidad de aplicar los mismos criterios de competencia judicial internacional que se utilizan para la protección general del menor. Piénsese que lo que interesa es un representante que esté familiarizado con los procedimientos y con la normativa aplicable al asilo en un Estado miembro preciso, por tanto una persona próxima al sistema donde se va a decidir sobre el Estado responsable y sobre la solicitud; es menos relevante la proximidad al menor y a su realidad cotidiana, que son los elementos que justifican los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento, especialmente la residencia habitual, y la presencia como subsidiario de ella. Como contrapartida hay que darse cuenta de que la separación de funciones - de manera que el representante previsto en los instrumentos de asilo pueda ser distinto de la institución que ejerce el resto de las funciones relativas a la protección del menor- conduce a la necesidad de que la institución/persona nombrada para la protección general del menor y la que le representará y asistirá en el procedimiento de asilo se coordinen. Si los criterios de los instrumentos aplicables (el Reglamento Bruselas II bis para la protección general; los instrumentos SECA para el representante en materia de asilo) no apuntan a un único y mismo Estado miembro la coordinación habrá de ser transfronteriza, con la mayor complejidad que ello supone.

3. Ámbito de aplicación personal

A) “Menor”

36. No existe en el Reglamento Bruselas II bis una definición de menor, a diferencia de lo que sucede en el art. 2 CLH 1996: el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años. En consecuencia la cualidad de menor deberá ser establecida a la luz de la ley aplicable - que en algunos países, como Costa de Marfil, Mali o Nigeria, se establece aún en los 21 años. A fin de evitar las desigualdades que podrían resultar de esta solución algunos autores han propuesto una definición propia; no obstante no hay acuerdo sobre este punto⁷⁰. La Propuesta de refundición del Reglamento resuelve la incertidumbre definiendo al niño como “menor de 18 años”⁷¹. Sigue en cambio sin dar una respuesta expresa a la pregunta sobre su aplicación al menor emancipado, que sí están comprendidos en el CLH 1996 a tenor del *Informe Lagarde* (para. 15). La cuestión es interesante en relación con los menores no acompañados casados, a los cuales el Reglamento de Dublín III también comprende bajo el art. 8, como a los demás menores. En la práctica las dudas sobre la edad –que no son infrecuentes en el caso de menores migrantes– se vienen resolviendo desde la presunción de que los sujetos en cuestión son menores a los efectos de establecer la competencia judicial internacional; el determinarlo con certeza es algo que queda para el juicio de fondo⁷².

⁶⁶ C. HRUSCHKA, F. MAIAINI, “Dublin III Regulation (EU) N° 604/2013”, en K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2ª ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, 2016, pp. 1478-1604, esp. p. 1509, para. 6. Obviamente esto no excluye por sí solo la calificación de la representación en materia de asilo como responsabilidad parental, pero abunda en la idea.

⁶⁷ Vid. OLG Karlsruhe, de 5 de marzo de 2012, 18 UF 274/11; OLG Karlsruhe, de 21 de mayo de 2014, 18 UF 85/14; OLG Frankfurt, de 17 de junio de 2014, 5 UF 112/14; OLG Frankfurt am Main, de 2 de junio de 2016 - 6 UF 121/16, entre otras muchas. A propósito de la práctica en Alemania K. RIEGNER, “Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge in asyl-und ausländerrechtlichen Angelegenheiten”, *NZ Fam*, 2014, pp. 150-155.

⁶⁸ Sin embargo no se confunde con el asesor legal del menor.

⁶⁹ Si prosperan las propuestas de modificación del sistema de asilo el instrumento común será el reglamento, y no la directiva, lo que ayudará a eliminar las divergencias entre los Estados miembros.

⁷⁰ A favor, U. SPELLENBERG, “Art. 1”, en Staudinger, *EheGVO*, 2010, nota 29. En contra, S. ARNOLD, “Art. 1”, en C. Althammer (ed.), *Brüssel Iia/Rom III. Kommentar*, C.H. Beck, 2014, para. 20; W. PINTENS, “Art. 1”, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Sellier, Munich, 2012, para. 65.

⁷¹ Cdo. núm. 12; art. 2.7.

⁷² Vid. OLG Karlsruhe, de 21 de mayo de 2014, 18 UF 85/14, y de 26 de agosto de 2015, 18 UF 112/15.

37. Una segunda diferencia entre el Reglamento Bruselas II bis y el SECA es que el primero posee un ámbito de aplicación más amplio en relación con los menores, ya que no limita su aplicación a los que sean nacionales de terceros Estados. Por lo demás, la categoría de “menor no acompañado” no es relevante a los efectos de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: no desencadena ningún tratamiento distinto, ni la falta de acompañamiento es requisito para que se aplique el art. 13, cuando se trate de menores refugiados o desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país⁷³.

B) “Refugiado”

38. En su art. 13.2 el Reglamento prevé un criterio de competencia especial para los menores refugiados y desplazados por disturbios en su país. No provee, sin embargo, una definición de refugiado. En la doctrina se propone partir de la del art. 1 A del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, pero se sostiene también que no es necesario que el menor goce de protección internacional para que se aplique el precepto⁷⁴. A nuestro juicio parece razonable dar cabida bajo el art. 13.2 no solo a los menores que ostenten ya el estatuto de refugiado, sino también a quienes lo soliciten, y a quienes sin hacerlo se encuentran *prima facie* (por cuanto no cabe un análisis de fondo de la situación en este momento procesal) en la misma situación de hecho⁷⁵; y lo mismo en el caso de la protección internacional subsidiaria. El elemento relevante no debe ser encontrarse formalmente en una situación administrativa determinada, sino en la situación fáctica que justifica el criterio de competencia del art. 13.2: el menor posee ciertamente una residencia habitual (en un Estado tercero que no sea parte del CLH 1996), que es identificable (en otro caso el supuesto es del art. 13.1), pero que resulta inaccesible por los riesgos que representa para el individuo; por ese motivo el sujeto ha roto los vínculos con ella. Sobre esto tratamos a continuación.

4. Los criterios de competencia judicial internacional

A) La (*a priori*) irrelevancia de la residencia habitual. Foro de la presencia

39. Existe una inclinación natural a asociar la organización de la protección de menores refugiados y los desplazados como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países a la competencia judicial internacional del Estado donde se encuentran. Señala el *Informe Lagarde* al CLH 1996 a propósito de estos menores, en su para. 44 que “la competencia normal atribuida por el Convenio a las autoridades del Estado de su residencia habitual es aquí inoperante, ya que estos niños por supuesto han roto toda relación con el Estado de su residencia habitual anterior y la precariedad de su estancia en el Estado donde han encontrado provisionalmente refugio no permite considerar que han adquirido una residencia habitual”. De ahí la creación de un foro específico, similar al que se emplea en situaciones de urgencia pero distinto de él. Continúa señalando el *Informe*, en efecto, que “La Conferencia descartó la solución consistente en someter estas situaciones al foro de urgencia, o incluso ampliar la competencia basada en la urgencia para cubrir dichas circunstancias (...) Prefirió casi por unanimidad atribuir en estas situaciones a las autoridades del Estado sobre el territorio del cual están presentes estos niños la competencia general atribuida normalmente a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño”. Lo que esto significa es que la competencia del art. 6.1 del CLH es regular: no se concibe como derogación a otra, y por lo tanto no debe interpretarse de forma estricta, por lo que se refiere a las medidas que cabe adoptar a su amparo.

⁷³ Aunque sea un caso frecuente, como señala el *Informe Lagarde*, para. 44, en relación con el art. 6.1 CLH 1996, sin que pueda entenderse sin embargo que limita el precepto a los menores no acompañados. De otra opinión R. Hausmann, *Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht*, C.H. Beck, 2013, Teil I, B, para. 168.

⁷⁴ R. HAUSMANN, *loc. cit.*; D. SCHÄUBLE, “Art. 13”, en C. ALTHAMMER (ed.), *Brüssel IIa/Rom III. Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 2014, para. 10.

⁷⁵ Y ello con independencia de la posición que se mantenga sobre la naturaleza declarativa o constitutiva de la resolución: *vid. supra*, nota al pie núm. 55.

40. El art. 13.2 del Reglamento Bruselas II bis sigue en este punto al CLH 1996. La competencia está basada en el imperativo de rapidez, pero alcanza a la organización de toda la protección del menor, y no sólo a lo que sea urgente⁷⁶. En consecuencia, las decisiones adoptadas sobre la base del art. 13 pueden circular entre Estados miembros al amparo del Reglamento, y no experimentan por virtud de este una limitación geográfica, ni temporal, como ocurre con las medidas provisionales y cautelares del art. 20. De este modo, en caso de solicitud de asilo, si se determina que el Estado responsable es uno distinto del aquel donde se halla el menor -por tanto el mismo debe ser trasladado- las medidas de protección ya adoptadas cuya naturaleza o contenido no impida o desaconseje su exportación podrán seguirle al nuevo Estado, previo reconocimiento en él.

41. El alcance de la competencia basada en la presencia es, con todo, intrínsecamente limitado: por un parte, desde el momento en que el menor consolide una residencia habitual en un Estado miembro la presencia en cualquier otro es irrelevante; sólo una nueva residencia habitual puede venir a sustituir a la primera en términos de competencia⁷⁷. Por otra, en defecto de residencia habitual cualquier presencia es relevante a los efectos del art. 13: no se exige ninguna presencia “cualificada” por una cierta duración o adornada por cierto grado, siquiera mínimo, de integración del menor en el territorio. A juicio de la doctrina esto es así hasta el punto de no hay una *perpetuatio iurisdictionis* en relación con el art. 13: si el menor se desplaza mientras había un procedimiento abierto con base en 13 la competencia judicial internacional no se mantiene⁷⁸.

B) El foro de la residencia habitual

42. La escasa praxis a propósito, o que ha trascendido, sobre menores refugiados y el Reglamento Bruselas II bis⁷⁹, muestra que en la práctica la residencia habitual sigue jugando un rol: frente a la afirmación del *Informe Lagarde* antes reproducida sobre la precariedad de la presencia en un Estado refugio, encontramos sentencias que afirman la residencia habitual tras una estancia de ocho meses, e incluso de cuatro⁸⁰. Cabe opinar que la residencia habitual se identifica en estos casos a costa de perder parte de su sentido, llegando a ser intercambiable con la presencia⁸¹; pero también puede argumentarse que la noción de residencia habitual está determinada por el contexto; y que los elementos que deben concurrir para apreciarla, que veremos a continuación, deben ser leídos a la luz del mismo. Encontramos apoyo para esto en la doctrina que sostiene que las reglas sobre residencia de la normativa sobre extranjería responden a criterios que nada tienen que ver con los motivos por los que la residencia habitual se retiene como punto de conexión o criterio jurisdiccional en DIPr⁸². Por ello, la noción no debe ser tampoco la retenida en el Convenio de Ginebra de 1951, que permite acceder a determinados beneficios

⁷⁶ D. SCHÄUBLE, para. 2; E. PATAUT, para. 9-10.

⁷⁷ La adquisición de una nueva residencia habitual es el supuesto normal con la excepción de los niños nómadas: *vid.* STJUE, as. C- 523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

⁷⁸ D. SCHÄUBLE, para. 8. La afirmación se ha realizado en relación con el art. 13.1, pero es válida igualmente para el apartado 2, que sigue a aquel.

⁷⁹ Han sido consultadas bases de datos públicas (EUPILLAR, que reúne jurisprudencia nacional sobre instrumentos europeos, incluyendo Bruselas II bis, del TJUE, Bélgica, Alemania, Inglaterra y Gales, Italia, Polonia, Escocia y España desde la entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015; EuFams, con más de 550 decisiones que aplican los reglamentos europeos sobre litigación transnacional en materia de familia, de Bulgaria, Croacia, República Checa, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Eslovaquia y España; EDAL –European Data Base of Asylum Law); y privadas (Beckonline, Aranzadi)–.

⁸⁰ OLG Karlsruhe, de 26 de agosto de 2015, 18 UF 112/15, para lo primero; y OLG Karlsruhe, de 21 de mayo de 2014, 18 UF 85/14, para lo segundo. Procede recordar que conforme a la decisión del Bundesgerichtshof, Beschluss vom 29.10.1980 - Az.: IVb ZB 586/80), con carácter general una estancia de al menos seis meses permite concluir que se ha establecido una nueva residencia habitual. Lo mismo en Austria (*vid.* OGH, de 30 de octubre de 2003, EFSlg 105.353) y en Suiza (ATF, de 15 de noviembre de 2005).

⁸¹ De hecho la sentencia del OLG Karlsruhe, de 21 de mayo de 2014 - 18 UF 85/14, apoya su competencia en ambos preceptos: si no es competente por virtud de uno lo es por el otro.

⁸² P. MANKOWSKI, “Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration”, *IPRax*, 2017, pp. 40-49, pone como ejemplo el permiso de residencia de 18 meses del para. 17 a AufenthG, cuyo objetivo es el reconocimiento de cualificaciones obtenidas en el extranjero, lo que solo tiene sentido si se tiene la intención de trabajar en el territorio. *Vid.* también A. FIORINI, referencias en notas al pie núm. 131, 133.

(como la asistencia judicial, art. 16.2), ligados a la mayor o menor vinculación del refugiado al Estado. La perspectiva es completamente diferente a la del Reglamento Bruselas II bis, cuya finalidad no es establecer privilegios de ningún tipo, sino distribuir la competencia judicial internacional entre los Estados miembros de la UE sobre la base de criterios de proximidad y previsibilidad para los implicados.

43. Es legítimo preguntarse si cabe consolidar una residencia habitual en un Estado miembro al margen (antes) de cualquier solicitud de asilo o mientras está abierto el proceso (primero el de determinación del Estado responsable, luego el relativo al fondo), a los efectos del Reglamento Bruselas II bis; y más concretamente si puede consolidarla un menor separado de sus progenitores u otros parientes. En el Reglamento no hay una definición de “residencia habitual”: ha sido el TJUE el que ha ido elaborando la noción, especialmente en sus sentencias C- 523/07 y C- 497/10, y en la reciente relativa al as. C-111/17⁸³. Conforme al TJUE, se trata de un concepto autónomo del Reglamento, que debe determinarse a través del análisis de las circunstancias de hecho particulares para el caso concreto, y en el que el interés superior del menor debe tener una relevancia decisiva⁸⁴. La presencia es un requisito necesario, pero debe acompañarse de elementos que permitan presumir que no tiene un carácter temporal u ocasional y que existe cierto grado de integración social en el entorno social y familiar. Entre estos factores se cuentan la duración, regularidad, condiciones y razones de la presencia en el Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, nacionalidad del niño, lugar y condiciones de asistencia al colegio, conocimientos lingüísticos y relaciones familiares y sociales del niño⁸⁵. El TJUE recuerda algo de especial interés en el contexto de este estudio, como es que el reglamento no impone una duración mínima de presencia como requisito de la residencia⁸⁶ - aunque hay que decir que si el menor permanece estable en un Estado miembro durante los procesos la extensión de su presencia no será un problema, habida cuenta del tiempo que suelen durar: por lo que se refiere a la identificación del Estado responsable, si el Estado determinante considera que lo es él mismo el procedimiento de asilo propiamente dicho comenzará inmediatamente; si en cambio entiende que es otro, se intentará el traslado del solicitante, lo que puede llevar hasta once meses, dependiendo de las circunstancias (que el sujeto trate de fugarse; sea detenido; apele la decisión). Por lo que se refiere al procedimiento de asilo la Directiva 2013/32/EU señala en su art. 31 que el examen en primera instancia debe terminarse en seis meses, pero contempla la extensión a otros nueve en atención a circunstancias tales como el elevado volumen de solicitudes⁸⁷.

44. Finalmente, el TJ indica que el “entorno social y familiar”, que es esencial para determinar la residencia del menor, se compone de distintos factores y que estos son variables según la edad del menor: así, para un lactante el entorno es necesariamente el de la persona o personas que lo cuidan⁸⁸. La afirmación es de interés en el contexto de los menores no acompañados solicitantes de asilo: sus circunstancias especiales (no solo la edad) deben ser tenidas en cuenta a la hora de identificar su residencia habitual, que por definición será separada de la de los progenitores⁸⁹.

45. El elemento intencional como ingrediente de la residencia habitual aparece en la jurisprudencia del TJUE, aunque a nuestro juicio no con la fuerza con que pretenden algunos autores⁹⁰. Se ha di-

⁸³ ECLI:EU:C:2009:225, la primera; ECLI:EU:C:2010:829, la segunda; y ECLI:EU:C:2017:436 la última.

⁸⁴ C-523/07, para. 34, 36,37.

⁸⁵ C- 523/07, para 38; C- 497/10, para. 47, 49; C- 111/17, para. 43, 44.

⁸⁶ C- 497/10, para. 51. No obstante, también señala como indicio en contra de apreciar una residencia habitual el que un menor permanezca un corto período de tiempo en un Estado llevando en él una vida errante: as. C- 523/10, para. 41.

⁸⁷ El mismo precepto posibilita no obstante que se dé prioridad a las instancias presentadas por menores no acompañados.

⁸⁸ C-497/10, para. 54 a 56 ; C- 111/17, para. 45.

⁸⁹ *Vid.* OLG Karlsruhe, de 5 de marzo de 2012, 18 UF 274/11: la residencia habitual del menor es Alemania a pesar de que sus padres no se encuentran en el territorio, en atención al tiempo que él había pasado en este país en familias de acogida. Es pertinente recordar que diferencia de los instrumentos del SECA, que establecen la obligación de buscar familiares del menor, el Reglamento Bruselas II bis no prevé nada similar.

⁹⁰ M.PH. WELLER, B. RENTSCH, “Habitual Residence: A Plea for *Settled Intention*”, en S. LEIBLE (ed.), *General principles of European Private International Law*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 171-187, esp. p. 182, entienden que para el TJ la intención es el criterio decisivo. En la reciente decisión C- 111/17, para. 47, 48, el TJUE aclara que la intención de los padres de establecerse con el menor en cierto lugar es solo un indicio a tener en cuenta junto con otros, y a ponderar según las circunstancias del caso.

cho que la intención es irrelevante en menores, por oposición a los adultos⁹¹; los menores son incapaces de desarrollar una intención de residir en un lugar. En nuestra opinión el requisito debe ser considerado desde la perspectiva de un menor, y si bien es difícil hablar de una verdadera intención, sí es posible determinar la preferencia, e incluso la voluntad de un niño de permanecer o no en un lugar⁹². En la misma línea apuntan otros autores cuando sostienen que la intención a los efectos de adquirir la residencia habitual no es un concepto legal, sino natural; y que si bien toma en cuenta datos como las relaciones familiares, no hace de ellas una presunción irrefutable como ocurre en la noción de domicilio⁹³.

46. La cuestión del peso que la cualidad de la residencia (legal, ilegal, regular) pueda tener en el marco del Reglamento no ha sido abordada por el TJUE⁹⁴. Sí está resuelta en textos legales sobre DIPr de los Estados miembros, así como en la doctrina. Todos apuntan a la misma conclusión, a nuestro entender correcta, en el sentido de que la legalidad o ilegalidad de la residencia, la existencia o no de un permiso de residencia, no son vinculantes para determinar la residencia a los efectos del DIPr⁹⁵.

47. En definitiva, puede existir una residencia habitual en el sentido del Reglamento Bruselas II bis del menor no acompañado que solicita asilo al amparo del SECA: adquirida antes de presentar la solicitud⁹⁶; o durante el proceso de determinación del Estado responsable; o del proceso de asilo en sentido propio. La residencia habitual es el criterio de competencia preferente en el Reglamento Bruselas II bis, de manera que si se consolida la misma no será necesario ni posible buscar otro foro de competencia, quedando abierto en todo caso el art. 20 para las situaciones de urgencia en que el menor se halle fuera del Estado de su residencia habitual⁹⁷.

IV. Conflictos entre ambos regímenes. Propuestas de solución

1. Conflictos

48. A la luz de lo expuesto sobre el régimen de protección del menor en el Reglamento Bruselas II bis, y en el Reglamento de Dublín III, se identifican varias constelaciones de conflicto potencial entre ellos. Las posibilidades de que los criterios de competencia judicial del primero (arts. 8 y 13.2) y los de determinación de un Estado responsable del segundo (art. 8) no apunten hacia un mismo Estado miembro son reales.

49. La existencia de reglas jurisdiccionales que no se encuentran alineadas, aplicables al mismo individuo, es apta para crear problemas de tipo tanto jurídico como práctico. Por una parte, si se estima que los mandatos del SECA sobre la protección del menor no acompañado no comportan automática-

⁹¹ A. BORRÁS, "Art. 8", en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, Munich, 2012, para. 8.

⁹² Vid. la SAP Málaga, núm. 92/2016, de 12 de febrero, AC/2016/1249, a propósito de un menor marroquí interceptado en España en su proceso migratorio de Marruecos a Francia; las autoridades francesas tiene la guarda de hecho; el menor, de 12 años, carece de todo arraigo en España; su voluntad, manifestada mediante su huida y viaje al extranjero, es de no permanecer en España.

⁹³ M. PH. WELLER, B. RENTSCH, p. 184.

⁹⁴ En el Reglamento mismo se alude al cambio legal de residencia en el art. 9: pero la legalidad se predica del cambio, no de la residencia; y el movimiento ilegal contemplado es el ocasionado por una sustracción internacional.

⁹⁵ Art. 4.2 Código de DIPr belga, de 2004: "La résidence habituelle se comprend comme: 1. le lieu où une personne physique s'est établie à titre principale, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir (...)". En el mismo sentido el art. 2570 del Nuevo Código Civil rumano, y art. 48 VII del Código de DIPr de Bulgaria. En la doctrina vid. P. MANKOWSKI, *IPRax*, esp. 48-49.

⁹⁶ El factor tiempo puede jugar en la decisión sobre si otorgar o no el asilo (se aprecia en la jurisprudencia que una petición no inmediata, especialmente si se hace próxima a la adquisición de la mayoría de edad o al vencimiento de permisos de estancia, suscita suspicacia sobre su fundamento real), pero no convierte en inadmisibles la petición. En cualquier caso, en la medida en que sigamos ante un menor no acompañado en el sentido del SECA la protección prevista en el sistema es necesaria al menos antes y durante el procedimiento en cuenta al fondo.

⁹⁷ El art. 20 no juega para la adopción de medidas sobre la persona del menor cuando lo hace el art. 13, quedando absorbido por este.

mente la competencia de las autoridades del Estado “determinante” del responsable, y de este mismo, para adoptar las medidas a las que se refiere el art. 6 Reglamento de Dublín III, o los arts. 24, 25 y 31 de las Directivas “acogida”, “procedimientos” y “requisitos”, respectivamente, sino que esto es materia solo del reglamento Bruselas II bis⁹⁸, lo que nos podemos encontrar es con que un Estado miembro examina la solicitud de asilo, pero es otro el que debe nombrar al representante a efectos de los procedimientos de asilo y adoptar el resto de las medidas de protección. La separación es artificial y sobre todo, poco operativa. Por supuesto, las decisiones pronunciadas en el Estado designado a través de los criterios del Reglamento Bruselas II bis al amparo del art. 8 (residencia habitual) o del art. 13 (presencia) son susceptibles de reconocimiento en los demás Estados: pero aparte de que por su contenido material es posible que no sean susceptibles de exportación, o que no tenga interés el hacerlo (si, por ejemplo, se ha nombrado un tutor legal del menor sin conocimientos sobre los procedimientos de asilo en general, o en concreto sobre las particularidades en el Estado responsable), la necesidad de un reconocimiento en otro Estado, por inmediato que sea, contradice el imperativo de rapidez que preside la materia. Podría incluso darse una situación más extrema como consecuencia de la diferente definición de “menor” en los dos ámbitos concernidos, si el sujeto que es menor a los ojos del SECA no lo es conforme al Reglamento Bruselas II bis, o viceversa.

50. Si, por el contrario se estima que los dos instrumentos jurídicos aludidos –Reglamento Bruselas II bis, Reglamento de Dublín– regulan la competencia internacional para la adopción de medidas de protección, es imaginable una situación en que se organicen dos fórmulas de protección: una, general, por parte del Estado competente conforme al Reglamento Bruselas II bis, y otra específica para el procedimiento de asilo por el Estado responsable; o dos del segundo tipo. En este caso lo que se genera es la necesidad de coordinarlas.

51. No es difícil imaginar situaciones de conflicto: dado que un menor puede consolidar una residencia habitual independiente de la de sus progenitores (u otros parientes) bastará con que la tenga en un Estado miembro, si solicita el asilo y los criterios del Reglamento de Dublín III apuntan a otro distinto conforme al art. 8.1 y 8.2. Lo mismo, en el caso del menor que no ha adquirido residencia habitual en la UE y está presente en un Estado miembro. La preferencia establecida en el art. 8.3 también puede jugar en contra de la convergencia de los criterios de competencia y responsabilidad en un mismo Estado: será el caso de un menor residente en un Estado miembro con ciertos parientes, y cuyos progenitores o hermano se encuentran en otro⁹⁹. La coincidencia es más probable en los supuestos en que no operan los criterios para la reagrupación familiar (art. 8.4), pero aún entonces cabe la disociación: será el caso del menor que ha solicitado asilo en un (o varios) Estados miembros distinto de aquel en que se encuentra o tiene su residencia habitual actualmente.

52. Es pertinente detenernos un momento y retomar la afirmación, que hacíamos en el apartado II.2 C) b), conforme a la cual sistema de asilo está concebido de forma que el solicitante esté presente en el Estado miembro responsable. Esta presencia es, como dijimos, una consecuencia derivada de la distribución de la responsabilidad entre los Estados miembros, ajena a la voluntad del solicitante de asilo. Por el contrario, en el Reglamento Bruselas II bis la competencia sigue al sujeto: a su nueva residencia habitual, o en su defecto, al Estado donde se halle físicamente presente. Esto acentúa las posibilidades de no coincidencia de los criterios de ambos regímenes en un mismo Estado miembro. La decisión del TJUE en el as. C- 648/11 establece una excepción en este sentido, porque altera la lógica del sistema de asilo: para el caso del menor que carece de familia o parientes y solicita asilo en más de un Estado miembro incluyendo aquel donde se encuentra, es responsable el Estado donde se halle tras realizar la solicitud - y ello con independencia de que haya abierto un procedimiento en el Estado anterior; como sucede en el Reglamento Bruselas II bis, no hay *perpetuatio iurisdictionis*¹⁰⁰. Como vimos, el criterio no

⁹⁸ Lo que no creemos: *vid. supra* bajo II. 2 C) b).

⁹⁹ En principio el interés superior del menor puede servir a corregir estos resultados. Otra cosa es que lo haga de manera que se produzca la convergencia con los criterios de competencia del Reglamento Bruselas II bis. *vid. bajo* 2. A) b).

¹⁰⁰ *Vid. supra* notas al pie núm. 48 y 79.

está incorporado al Reglamento de Dublín III; aparte de ello sólo resuelve un determinado tipo de casos (menor sin familiares ni parientes), y ni siquiera en todas sus variantes. En particular, no vale si el menor, tras pasar de un Estado a otro, no solicita asilo en el último¹⁰¹.

2. Propuestas de solución

A) Consolidación

53. La primera posibilidad para solucionar el conflicto potencial que hemos descrito pasa por consolidar la condición de Estado responsable –conforme al SECA– y Estado con competencia judicial internacional –conforme al Reglamento Bruselas II bis– en un único Estado miembro. A simple vista, ello es complicado porque los instrumentos poseen lógicas propias y distintas. Ahora bien, como indicábamos más atrás el caso de los menores, y más aún el de los menores no acompañados, supone una inflexión de la lógica general del SECA a favor de otra centrada en el interés superior del menor, por lo que cabe decir que –como punto de partida– ambos ámbitos jurídicos poseen esta filosofía en común. En ambos el interés del menor se manifiesta primero en una regla fija (Reglamento de Dublín III: es Estado responsable aquel donde quepa reagrupar al menor con familiares o parientes; Reglamento Bruselas II bis: la competencia judicial internacional corresponde a los tribunales de la residencia habitual), y luego en una posibilidad de escape (todas las reglas del art. 8 Reglamento de Dublín III están supeditadas a que aplicarlas redunde en interés del menor; en el Reglamento Bruselas II bis la herramienta de escape es el art. 15). Así, al menos en teoría se podría llegar en ambos casos a reunir las cualidades de Estado competente y responsable. En realidad ello depende de que ambos regímenes entiendan del mismo modo el interés superior del menor.

a) Consolidación desde el Reglamento Bruselas II bis

54. Una primera posibilidad sería partir de la previsión del SECA sobre el Estado responsable; si en aplicación del art. 8 Reglamento de Dublín III se prevé que el menor debe ser trasladado a otro Estado miembro, el tribunal competente conforme al Reglamento Bruselas II bis podría limitarse a adoptar medidas urgentes conforme al art. 20, transfiriendo por lo demás la competencia al otro Estado por la vía del art. 15.

55. En el as. C-428/15¹⁰², a propósito del art. 15, el TJUE ha señalado (para. 44) que “la consideración del interés superior del menor, en el marco del Reglamento nº 2201/2003, tiene por objeto (...) garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor”. La decisión continúa interpretando el precepto, poniendo de relieve la dificultad para poner en marcha el mecanismo: de entrada no está condicionado solo al interés superior del menor, sino que para poder solicitar la remisión de competencia a otro tribunal este debe estar mejor situado. Este requisito es el que mayores problemas presenta a los efectos que aquí interesan. En este contexto el TJUE ha señalado en primer lugar que la remisión solo cabe a un tribunal con una vinculación especial con el menor, capaz de “desvirtuar la presunción fuerte a favor del mantenimiento de la propia competencia” establecida conforme al Reglamento. El art. 15.3 indica los elementos que definen tal vinculación, todos ellos basados en la proximidad con el menor, en lo que el TJUE entiende como una enumeración cerrada (para. 51): y en ella no tienen cabida los criterios del art. 8.1 y 8.2 del Reglamento de Dublín III. Puede representar una excepción el apartado 3.d, que aprecia vinculación con el Estado de la residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental; pero como se aprecia la regla es más restringida y en todo caso distinta a lo previsto en el art. 8 Reglamento de Dublín III, que apunta a los Estados donde se hallen legalmente miembros de la familia –constituida ya en el Estado de origen–, o parientes del menor.

¹⁰¹ La propuesta de la Comisión a la que nos referimos en la nota al pie núm. 48 sugería invitar al menor en esa circunstancia a presentar una solicitud nueva; sería Estado responsable aquel en que el menor hubiera realizado la solicitud más reciente. No obstante, como se indicaba allí tal propuesta no ha prosperado.

¹⁰² ECLI:EU:C:2016:819.

56. En segundo término, la remisión debe hacerse a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto, lo que sucederá si (para. 57) “[la remisión] puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor”, para lo cual el tribunal de referencia puede tener en cuenta las normas procesales de ese otro Estado miembro, como las relativas a la obtención de pruebas; en cambio no atender al Derecho material aplicable. Si se considera que en el SECA el interés del menor es predominante sustantivo¹⁰³ se ve con claridad las dificultades para la convergencia con este aspecto del art. 15.

57. Finalmente, de existir un tribunal que presente una vinculación especial y esté mejor situado, aun es necesario que remitirle el asunto responda al interés superior del menor, lo que se concreta en que no incida negativamente sobre la situación del menor afectado: sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales, o económica, del menor de que se trate (para. 59).

b) Consolidación desde el SECA

58. A la luz de lo estricto de estas condiciones parece *a priori* más sencillo operar la unificación de la condición de competente y responsable en un mismo Estado miembro desde el sistema de asilo, al hilo de la determinación del Estado responsable, a través de la cláusula de escape: la fórmula “siempre que ello redunde en el interés superior del menor”.

59. Está por ver, sin embargo, que la interpretación de tal fórmula conduzca al Estado donde se encuentra la residencia habitual (art. 8 Reglamento Bruselas II bis) o está presente el menor (art. 13 mismo Reglamento), desplazando al Estado en que miembros de su familia, o parientes que puedan ocuparse de él, se hallen legalmente (arts. 8.1, 8.2, 8.3). Un primer obstáculo se encuentra en las dudas sobre la flexibilidad que la condición de “redundar en el interés superior del menor” confiere al sistema: ¿permite realmente considerar como Estados responsables otros distintos de los indicados de forma expresa? En este sentido apunta la ausencia de un criterio de cierre para el caso de que ninguno de los enunciados opere en el interés superior de un menor concreto: en esta circunstancia parecería que solo cabe identificar el Estado responsable sobre la base, precisamente, de ese interés. Pero fuera de este supuesto, ¿cuál es el grado de apertura real que el interés superior del menor obliga a introducir en el sistema; qué es necesario para refutar la reagrupación con familiares o parientes como concreciones de ese interés? La redacción elegida para el art. 8 conduce a excluir que se haya querido hacer del interés superior del menor *el* criterio general para la distribución de la responsabilidad, y de la presencia de familia, hermanos o parientes en un Estado miembro solo ejemplos de ese interés; tal vez solo sean presunciones, pero son presunciones fuertes. El Reglamento de ejecución del Reglamento de Dublín III¹⁰⁴ ratifica la fuerza de estos elementos aún más –hasta el punto de eliminar toda relevancia independiente al interés superior del menor– cuando aborda la cooperación entre Estados en relación con menores no acompañados. Recuérdese que el art. 6.3 Reglamento de Dublín III dispone que “Los Estados miembros cooperarán estrechamente entre sí para determinar el interés superior del niño”, e indica un conjunto de factores a tener en cuenta de forma específica; esta cooperación debe servir para establecer conjuntamente el Estado miembro responsable y evitar conflictos de intereses; en ningún momento especifica que se ciña a los EM referidos en el art. 8. El Reglamento de ejecución, sin embargo, no desarrolla esta cooperación que se enuncia como abierta, sino que ya de entrada la limita a lo necesario para poder aplicar los apartados 1, 2, y 3 del art. 8 en lo relativo a la identificación de familiares o parientes, y no del interés superior del menor. A este fin el Reglamento prevé un intercambio de información entre el Estado que determina el Estado miembro responsable y otros Estados a fin de identificar miembros de

¹⁰³ En principio los argumentos procesales no son relevantes en el interés superior del menor en el SECA, aunque puedan imponerse en determinadas circunstancias como las subyacentes a la sentencia del TJUE en el as. C- 648/11. *Supra*, aptdo. II.2 D).

¹⁰⁴ Reglamento de ejecución (UE) núm. 118/2014 de la Comisión, de 30 de enero de 2014, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1560/2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n o 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO, L, 8 de febrero de 2014.

la familia del menor, establecer vínculos familiares probados, y evaluar la capacidad de los parientes del menor para hacerse cargo de él¹⁰⁵. Se alude a la cooperación también a fin de determinar la persona más adecuada para hacerse cargo del menor, cuando haya varias; solo en este contexto aparece el interés superior del menor como elemento a tener en cuenta (y ni siquiera es el único).

60. Un segundo obstáculo a la consolidación desde el SECA de las condiciones de Estado competente conforme al Reglamento Bruselas II bis/Estado responsable conforme al Reglamento de Dublín III es el que sigue. En abstracto parece difícil superar la correspondencia entre el interés superior del menor y la reagrupación familiar, que es un valor sustantivo predominante en el SECA, en atención a consideraciones de naturaleza procesal como las que subyacen a los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis. La proximidad del foro a los elementos probatorios, en particular, es irrelevante en materia de asilo: las evidencias de los datos que sustentan la decisión (art. 4 Directiva 2011/95/EU) no se encuentran en Europa, sino en el Estado tercero del que se huye. Ahora bien, al mismo tiempo no debe perderse de vista que esas consideraciones procesales reflejan la proximidad entre el menor y el foro, y son por tanto –presumiblemente¹⁰⁶– expresión de su integración social en él; y que la integración “rápida en la nueva sociedad” es el objetivo prioritario de la UE, como indica entre otros documentos la reciente Comunicación de la Comisión de 12 de abril de 2017, “Protección de los menores migrantes”¹⁰⁷. Por otra parte, la rapidez del proceso, que es un razonamiento procesal, es un principio general del sistema de asilo¹⁰⁸, más fácil de satisfacer si el menor con residencia habitual o presente en un Estado miembro no es trasladado a otro. Así las cosas lo que se requerirá será un análisis del caso concreto¹⁰⁹, donde la coincidencia entre el interés superior del menor y la reagrupación familiar puede verse desvirtuada (hasta el caso extremo del menor que huye justamente de su progenitor¹¹⁰); y donde es esencial dar audiencia al menor¹¹¹.

61. Cuando el menor carece de residencia habitual, de forma que la competencia judicial internacional se basa en la presencia conforme al art. 13 Reglamento Bruselas II bis, el argumento de la integración no concurre. Lo hacen en cambio otras consideraciones, como la de urgencia, la vulnerabilidad del menor, y la necesidad de rapidez y estabilidad (aun relativa), que juegan en contra del traslado del menor para la decisión sobre su solicitud de asilo. De nuevo, una ponderación es necesaria a la luz del caso concreto.

¹⁰⁵ Añadiendo un apartado 4 al art. 12 del Reglamento de ejecución precedente, núm. 1560/2003.

¹⁰⁶ *Vid. supra*, nota al pie núm. 76 y texto, la afirmación de que hay residencia habitual pese al transcurso de escasos meses. Con carácter general se puede ser escéptico sobre realidad de la integración del menor en ese corto espacio de tiempo; pero no hay razón para dudar del análisis del juez que llega a esa conclusión en un caso concreto.

¹⁰⁷ COM(2017) 211 final. *Vid.* sobre esta Comunicación recientemente A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Medidas prioritarias de protección de los menores migrantes en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 48, mayo de 2017, pp.

¹⁰⁸ *Vid. supra* bajo II.2 D).

¹⁰⁹ ¿Con qué alcance? Hay dos elementos a valorar que apuntan en sentidos opuestos: por una parte la decisión es solo sobre el Estado responsable, y no el fondo de la cuestión, lo que sustentaría la idea de un análisis limitado – de una forma similar a lo que sucede con los casos de secuestro de menores. Por otra, lo que está en juego es la protección de un sujeto especialmente vulnerable, expuesto a riesgos que van desde la desatención al peligro de caer en una red de tráfico infantil; aparte de que cuál sea el Estado responsable no es indiferente de cara a la decisión final).

¹¹⁰ *Vid.* M. BOSSI, L. DEMIRDACHE, “When Children Seek Asylum from Their Parents : A Canadian Case Study”, en A. ORGOCKA, C. CLARK-KAZAK (eds.), *Independent Child Migration- Insights into Agency, Vulnerability, and Structure. New Directions for Child and Adolescent Development*, 136, pp. 47-64. En la praxis *vid.* la sentencia del Tribunal de La Haya, de 5 de agosto de 2016, AWB 16/15687, AWB 16/5690, a propósito de un menor no acompañado cuyo padre reside en Suecia, y de su voluntad de no ser trasladado allí; la sentencia del Tribunal de La Haya, de 23 de diciembre de 2016, AWB 16/3574, a propósito de la imposibilidad de una reunificación familiar real de la solicitante de asilo en Holanda con su hermana residente en Suiza, habida cuenta de la ausencia de relación entre las hermanas; o la sentencia provisional del mismo Tribunal, de 9 de junio de 2016, sobre la inconveniencia de trasladar a un menor no acompañado, colocado bajo la tutela de una entidad pública pese a la existencia de parientes, al mismo Estado adonde serán trasladados también estos, a la luz de la difícil relación entre ellos. Todas las decisiones pueden consultarse en <http://www.asylumlawdatabase.eu>.

¹¹¹ En el Reglamento de Dublín III el punto de vista del menor es un factor a tener en cuenta a la hora de determinar el interés superior del niño, en función de su edad y madurez: Cdo. núm. 13, art. 6. No hay previsiones específicas sobre audiencia del menor; corresponde a los Estados decidir la ocasión y la forma en que el menor expresará su opinión en el seno de los distintos procedimientos.

B) Cooperación

62. En caso de que la consolidación de las condiciones de Estado responsable y Estado competente no sea posible deberá intentarse la cooperación y coordinación entre los Estados involucrados, de manera que o bien las medidas adoptadas en el Estado de residencia o presencia del menor se mantengan en el Estado miembro al que sea trasladado, o bien sean reemplazadas allí por las que resulten pertinentes, de manera que el menor no quede sin protección en ningún supuesto ni momento.

63. Cualquiera de los dos sistemas en juego (tanto el resultante del Reglamento de Dublín como el que nace del Reglamento Bruselas II bis) contemplan la cooperación entre autoridades. La misma se encuentra de hecho en la base del Reglamento de Dublín III: se dedica a ella, de entrada, el capítulo VII, donde se establece la obligación de cooperación administrativa en forma de intercambio de la información pertinente para determinar el Estado responsable, y se prevé la conclusión de acuerdos administrativos para facilitar la práctica el Reglamento y su aplicación efectiva. Aparte de ello el art. 6.3 prevé la cooperación para determinar el interés superior del menor: no obstante, como acabamos de ver, conforme al Reglamento de ejecución se trata de una interacción limitada entre los Estados, que intercambiarán información relativa a la presencia de familiares o parientes del menor. Por ello es algo más interesante el art. 31, ya que aunque aún se enuncia en clave de intercambio de información, indica que en un plazo razonable previo a cualquier traslado se comunicarán los datos de la persona que resulten útiles para garantizar la continuidad de la protección y los derechos reconocidos en el presente Reglamento y en otros instrumentos jurídicos pertinentes en materia de asilo.

64. Las obligaciones de cooperación del Reglamento de Dublín III se reducen, pues, a proporcionar y recibir información. Lo que conocemos de la praxis de la cooperación en materia de menores, en particular en lo que se refiere a determinar su interés superior, permite dudar además de su efectividad¹¹². La falta de correspondencia de la previsión legal y la práctica se explica de entrada por la ausencia un procedimiento específico formal para determinar el interés superior del menor en cada Estado miembro¹¹³, así como deficiencias en la información sobre la cual forjar la convicción acerca del interés superior del menor: “Indeed the asylum process fails to even seek the relevant information on which a best interests decisión could be based”¹¹⁴. Tampoco está claro el rol de cada uno de los Estados miembros implicados en la evaluación: algo que resulta, como mínimo, en retrasos que operan en contra del interés del menor. Se añade que “There is no real co-operation in relation to best-interests assessments and best-interests determinations. If national authorities complete a best-interests assessment, they do not necessarily have information from countries where the child has stayed previously. All the information collected by national authorities is lost”¹¹⁵.

65. La situación puede mejorar en el futuro si prospera la propuesta de la Comisión para la reforma del Reglamento de Dublín III, que incluye un nuevo Cdo. núm. 20 y un nuevo art. 8.4., y explica que “La disposición relativa a las garantías para los menores no acompañados se adapta para que la determinación del interés superior del menor sea más operativa. Así, antes de trasladar a un menor a otro Estado miembro, el Estado miembro que efectúe el traslado se asegurará de que el Estado miembro receptor adopte sin demora las medidas necesarias con arreglo a las Directivas sobre procedimientos de asilo y condiciones

¹¹² Vid. el documento “Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU de la House of Lords, European Union Committee”, Published by the Authority of the House of Lords, HL Paper 34, 2016, que recoge testimonios de la falta de cooperación y coordinación en la práctica.

¹¹³ Vid. M. SEDMAK, T. ŽAKELJ, Z. MEDARIĆ, B. LENARČIČ, *In Whose Best Interest? Exploring Unaccompanied Minors' Rights Through the Lens of Migration and Asylum Processes (MinAs)*, Informe comparativo relativo a Austria, Francia, Eslovenia y RU, 2015, pp. 42-43, en http://www.minasproject.eu/files/2014/10/A7_Comparative-qualitative-report.pdf. Con carácter general: “Although EU law requires their best interests to be taken into account, it does not prescribe a single process for doing so, and there are not yet widespread tools and means to ensure current procedures take account of relevant information”

¹¹⁴ MinAs – Written Evidence (UME0011), incorporada al documento “Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU de la House of Lords, European Union Committee”, para. 109.

¹¹⁵ International Organization for Migration (IOM) – Written Evidence (UME0033), incorporada al documento “Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU de la House of Lords, European Union Committee”, para. 104.

de acogida (...)¹¹⁶. La regla presenta similitudes con el actual art. 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. Este precepto, junto con el art. 56 en materia de acogimientos transfronterizos, podrían en principio ser tomados como referentes, o incluso ser directamente utilizados (el segundo más que el primero, dada la ubicación de este en el ámbito de la sustracción de menores), para facilitar la situación de los menores solicitantes de asilo que van a ser trasladados. Deben recordarse no obstante los obstáculos que pesan sobre la aplicación en la práctica de cualquiera de los dos preceptos, que han quedado reflejados en estudios recientes: dudas sobre el reparto de tareas entre las autoridades implicadas, dificultades de comunicación típicas en los contextos transfronterizos, y, en el marco del art. 56, la necesidad de exequatur¹¹⁷.

66. Procede traer aquí finalmente, como idea para el futuro, la ya mencionada Comunicación de la Comisión “Protección de los menores migrantes”¹¹⁸, en la que señala que “cuando los menores sean objeto de transferencias transfronterizas dentro de la Unión Europea, ya sea en aplicación del Reglamento de Dublín o de otras normas, la colaboración estrecha entre las autoridades responsables del bienestar del menor en cada Estado miembro es esencial”, y que “Los Estados miembros deben hacer un uso pleno de todos los canales de cooperación, por ejemplo a través de las autoridades centrales previstas en el Reglamento Bruselas II bis”. La afirmación se realiza en un contexto preciso: se está pensando en garantizar en la cooperación con el fin de localizar a las familias de manera pronta y eficaz, dentro o fuera de la UE. Sin embargo, no hay en principio razones (jurídicas) para limitarla a ello: la propia Comisión alude a un “aprovechamiento pleno de los canales de cooperación transfronterizos existentes”.

IV. Conclusiones

67. Desde hace tiempo la UE viene expresando su preocupación y compromiso formal con la calidad de la legislación¹¹⁹. La realidad pone en tela de juicio esas buenas intenciones. El supuesto aquí examinado, relativo a la protección de los menores no acompañados solicitantes de protección internacional, es un ejemplo. Dos instrumentos jurídicos sirven a determinar el Estado miembro a cargo de la protección: en el marco de la responsabilidad parental, en términos de competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas II bis; en el contexto de los procedimientos de asilo, en términos de Estado responsable, el Reglamento de Dublín III. Las medidas son las mismas; los criterios atributivos de competencia/responsabilidad, en cambio, no. En principio ello podría explicarse en el hecho de que cada uno de los instrumentos responde en primera instancia a la lógica inmediata del contexto en que se inscribe: procesal, en el Reglamento Bruselas II bis; y de gestión de la migración, en el Reglamento de Dublín III. Sin embargo, sobre tal lógica impera en ambos textos la del interés superior del menor. Ahora bien, la misma no ha servido para evitar *ex ante* la falta de convergencia; y no es sencillo que valga para corregirla *ex post*. Es patente la falta de coordinación legislativa¹²⁰.

68. A día de hoy tanto el Reglamento de Dublín III como el Reglamento de Bruselas II bis se encuentran en proceso de reforma. Cabe anticipar que habrá cambios menores y otros de entidad en ambos: pero en ningún documento de trabajo o interino figura que se tengan recíprocamente en cuenta. En consecuencia, es altamente probable que las dificultades descritas –o similares– pervivan.

¹¹⁶ COM(2016) 270 final, p. 19, no modificados por el Informe del Parlamento de 24 de febrero de 2017 en ese punto.

¹¹⁷ Vid. sobre el art. 11.4 M. REQUEJO ISIDRO, “El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los Estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión (2016)”, *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen XVI, Aranzadi, en prensa, así como el *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment*, Deloitte y Coffey, mayo 2015. Sobre el art. 56, el estudio para el Parlamento Europeo *Cross-border placement of children in the European Union*, PE 556.945, de mayo de 2016.

¹¹⁸ Vid. nota al pie núm. 106.

¹¹⁹ Vid. el Acuerdo Interinstitucional “Legislar mejor” entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 16 de diciembre de 2003, DOUE C 321, de 31 de diciembre de 2003, sustituido por el Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, DOUE L 123, de 12 de mayo de 2016.

¹²⁰ Que debería llevar en primer lugar a definir en qué consiste (en general) el interés del menor no acompañado que solicita protección internacional, y luego a traducirlo en criterios de competencia judicial internacional y de determinación de la cualidad de Estado responsable coherentes entre sí.

LA REGULACIÓN EUROPEA ACTUAL SOBRE
EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO Y LA PROPUESTA
DE REFORMA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS
DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

THE CURRENT EUROPEAN RULES GOVERNING
PRODUCT PLACEMENT AND THE NEW LEGISLATIVE
PROPOSAL AMENDING THE AUDIOVISUAL MEDIA
SERVICES DIRECTIVE

MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Murcia

orcid ID: 0000-0002-3318-1712

Recibido: 14.07.2017 / Aceptado: 12.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3884>

Resumen: La Directiva 2010/13/UE, de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA) establece la regulación europea vigente sobre emplazamiento de producto. Algunas de sus previsiones son principios que resultan difíciles de aplicar en la práctica (“prominencia indebida”, “influencia que afecta a la independencia editorial del prestador de servicios”). Asimismo, el emplazamiento de producto, por su propia naturaleza, no puede distinguirse con facilidad de la publicidad encubierta. El 25 de mayo de 2016, la Comisión Europea hizo pública una propuesta legislativa para modificar la Directiva de servicios de comunicación audiovisual que incide sobre esta materia. Este artículo examina el régimen de la DSCA sobre emplazamiento de producto y las modificaciones proyectadas. La principal conclusión alcanzada es que la propuesta de Directiva publicada por la Comisión podría dificultar aún más la interpretación y aplicación del régimen jurídico de esta figura.

Palabras clave: comunicación comercial audiovisual, emplazamiento de producto, publicidad encubierta, competencia desleal.

Abstract: The Directive 2010/13/EU on Audiovisual Media Services (AVMSD) provides the EU current rules on product placement. Some of its provisions are standards, so that they may be difficult to apply (“undue prominence”, “influence that affects the editorial independence of the media service provider”). By its very nature, product placement cannot be clearly *distinguished* from surreptitious advertising. On 25 May 2016 the European Commission published a legislative proposal for amending the AVMS Directive that affects this issue. The research article examines the rules on product placement under the AVMSD and the proposed amendments. The main conclusion is the proposal published by the EU Commission would not make the rules on product placement clearer and easier to apply.

Keywords: audiovisual commercial communication, product placement, surreptitious advertising, unfair competition.

Sumario: II. Introducción y planteamiento del tema. II. Razones intrínsecas que explican las dificultades prácticas para el deslinde entre emplazamiento de producto y comunicación comercial encubierta. III. La prohibición del emplazamiento de producto en la Directiva de Servicios de Co-

municación Audiovisual y sus excepciones. 1. La regla general prohibitiva. 2. Las excepciones a la prohibición. A) Género de programas en los que se admite, salvo en los casos expresamente prohibidos. B) El suministro gratuito de productos, ayudas a la producción o premios. IV. Los requisitos exigidos para la licitud del emplazamiento de productos en la actual regulación audiovisual europea. 1. Límites cualitativos referidos a la forma de integración del producto o servicio en el programa. A) Independencia editorial. B) Incitación directa a la compra. C) Prominencia indebida. 2. Deber de información al espectador. V. La proyectada revisión del régimen del emplazamiento de productos en la Propuesta de Directiva de 25 de mayo de 2016, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE. 1. Justificación de la reforma. 2. Regla general “permissiva”, exceptuada para programas determinados. 3. La reducción de los requisitos cualitativos: especial referencia a la “prominencia indebida”. 4. La ausencia de cualquier alusión al suministro gratuito de bienes o servicios “con miras a su inclusión en un programa”. VI. Conclusiones.

I. Introducción y planteamiento del tema

1. El “emplazamiento de producto”¹ es una modalidad de comunicación comercial audiovisual que consiste en la inserción (o la mención) en un programa, con una finalidad publicitaria, de ciertos *bienes o servicios*, cuya procedencia empresarial resulta identificable por el uso de *signos distintivos* u otras referencias que los singularicen. Estos bienes y/o signos aparecen *integrados* en el contenido de determinados programas audiovisuales que no son espacios publicitarios.

2. La regulación española sobre esta materia se establece en el artículo 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA)², mediante la cual se realizó la transposición al Derecho español de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (“Directiva de servicios de comunicación audiovisual” [DSCA]). Esta Directiva es una versión codificada, que deroga la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

La vigente Directiva 2010/13/UE reproduce, sin introducir cambios, la regulación del emplazamiento de producto incorporada por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE. La Directiva 2007/65/CE fue la que introdujo por primera vez en el ordenamiento europeo una definición de emplazamiento de producto (letra m) del artículo 1) y un régimen específico para esta figura (artículo 3 *octies*, equivalente al actual art. 11 de la Dir. 2010/13/UE), a la que también dedicaba sus Considerandos 60 a 63 (que se corresponden con los Considerandos 90 a 93 de la Directiva 2010/13/UE)³.

3. En la aplicación práctica de esta regulación, se han suscitado serias dudas sobre la interpretación de algunos aspectos, tanto en España como en otros Estados miembros de la Unión Europea. Las regulaciones nacionales mediante las que se ha incorporado dicha regulación en los distintos Estados

¹ Este término procede de una traducción literal de la expresión en inglés *product placement*. El uso generalizado de este concepto en la práctica del sector audiovisual determinó que los autores pioneros en el estudio de esta figura desde una perspectiva jurídica en nuestro país consideraran preferible mantener esta nomenclatura, a pesar de que no recoge de forma exacta todos los matices de la figura designada (cfr. A. TATO PLAZA, “*Product placement* y publicidad encubierta (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso ‘Soberano’)”, *Actas de Derecho Industrial y derecho de autor (ADI)*, núm. 22, 2001, pp. 573-598, p. 579, nota 4).

² Cfr. también el artículo 14 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva.

³ Sobre la armonización comunitaria de las actividades de radiodifusión televisiva, vid. J. PAGADOR, “El difícil emplazamiento del derecho de emplazamiento de producto: panorama legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, n.º. 8446, 22 de diciembre de 2014, pp. 1-13, p. 2 (LA LEY 8944/2014).

coinciden en los principios y reglas sustanciales, pero presentan algunas diferencias relevantes, dado que la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual responde al principio de armonización mínima. Conforme a lo dispuesto en su artículo 4, los Estados podrán aplicar normas más estrictas o detalladas, en los ámbitos coordinados por la Directiva, a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción respectiva, siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión.

4. Los frecuentes conflictos jurídicos protagonizados por los prestadores de servicios audiovisuales en varios Estados europeos ponen de manifiesto la dificultad de deslindar si, en un caso concreto, estamos ante una comunicación comercial audiovisual lícita (en la modalidad de emplazamiento de producto), ante un supuesto de publicidad encubierta (*rectius*, comunicación comercial audiovisual encubierta) o bien ante una comunicación comercial que, sin ser encubierta, contraviene los requisitos específicos a los que se condiciona la admisibilidad de esta concreta práctica⁴.

Este clima de inseguridad jurídica ha sido considerado la causa de que el *product placement* no haya cumplido con las expectativas creadas respecto a su eficacia como herramienta para la financiación de las producciones y servicios audiovisuales televisivos. En el sector se habían depositado grandes esperanzas en esta nueva forma de comunicación comercial, entendiéndose que podría contribuir a mejorar la competitividad de los servicios de radiodifusión televisiva respecto a otros servicios audiovisuales (por ejemplo, los servicios de video a petición o las plataformas de suministro de contenidos audiovisuales generados por los propios usuarios)⁵. La frustración parcial de estas expectativas es el motivo de que ciertos grupos de interés (particularmente, los prestadores de servicios audiovisuales televisivos), en sus respuestas a la consulta pública formulada por la Comisión europea⁶, hayan solicitado cambios en las reglas vigentes sobre emplazamiento de producto que introduzcan mayor claridad y simplificación⁷.

5. En mayo de 2016 se hizo pública una propuesta de Directiva, elaborada por la Comisión Europea, que incide en el tema aquí abordado. Se trata de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado*⁸.

Aunque la reforma proyectada es mucho más ambiciosa, pues su finalidad es la revisión de la regulación audiovisual europea en otros muchos aspectos de gran calado, en este trabajo únicamente se abordan los cambios que pretende introducir en el régimen europeo actual del emplazamiento de producto.

En los siguientes apartados se analizará, en primer lugar, la regulación de la Unión Europea vigente, como presupuesto necesario para poder interpretar el alcance de las modificaciones propuestas y, por ende, poder realizar una valoración de las mismas.

⁴ Para una aproximación general a la regulación del emplazamiento de producto y su aplicación en otros países europeos, *vid.* V. G. LIOTINE y S. MERCURI, “La disciplina del *product placement* nei servizi media nell’Unione Europea”, en F. BASSAN (Coord.), *La regolazione delle nuove forme della comunicazione commerciale televisiva: Product Placement e Branded Content*, Roma, ed. Roma Tre Press, 2014, pp. 43-60; en particular, respecto a la situación en Italia, *vid.*, en esta misma obra, el trabajo de F. BASSAN, “Il *product placement* nei servizi media in Italia e le recenti evoluzioni” (pp. 61-74).

⁵ Al respecto, *vid.* el trabajo de ANA I. MENDOZA LOSANA, “La nueva regulación europea del mercado audiovisual. Propuesta de revisión de la Directiva 2010/13/UE”, *Centro de estudios de consumo (CESCO)*, pp. 1-35, en concreto pp. 2 y 3 (<http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/por-tematica/telecomunicaciones/192-la-nueva-regulacion-europea-del-mercado-audiovisual-propuesta-de-revision-de-la-directiva-2010-13-ue>) [fecha última consulta: 11-07-2017].

⁶ «La DSCA: Un marco para los medios de comunicación del siglo XXI», desarrollada entre el 6 de julio y el 30 de septiembre de 2015. *Vid.*, al respecto, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-directive-201013eu-audiovisual-media-services-avmsd-media-framework-21st>.

⁷ *Vid.*, en este sentido, el documento elaborado por los servicios de la Comisión Europea que refleja los resultados de la evaluación de la DSCA en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Directiva 2007/65/CE) y diciembre de 2015 (“Ex-post REFIT evaluation of the Audiovisual Media Services Directive 2010/13/EU”, pp. 6, 32, 33, 35 y 68; <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ex-post-refit-evaluation-audiovisual-media-services-directive-201013eu>).

⁸ Bruselas, 25.5.2016, COM (2016) 287 final; procedimiento 2016/0151 (COD).

II. Razones intrínsecas que explican las dificultades prácticas para el deslinde entre emplazamiento de producto y comunicación comercial encubierta

6. Como se ha señalado, en la regulación especial del sector audiovisual el emplazamiento de producto es una modalidad expresamente admitida de *comunicación comercial audiovisual* que consiste en “incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial *de manera que figure en un programa*”, a cambio de una remuneración u otra contraprestación⁹.

En este mismo ámbito regulatorio se define, y se prohíbe, la *comunicación comercial audiovisual encubierta*, entendida como “la *presentación verbal o visual* de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios *en programas* en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un *propósito publicitario* y *pueda inducir al público a error* en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”¹⁰.

7. La prohibición específica de las comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas puede considerarse una aplicación sectorial de la prohibición de la *publicidad encubierta*, presente tradicionalmente en el Derecho de la publicidad. En nuestro país se establecía ya, formulada como un principio básico (el de “autenticidad”), en el artículo 9 de la derogada Ley 61/1964, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. En la legislación española vigente, la publicidad encubierta debe entenderse prohibida, indirectamente, por el artículo 3 d) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP) [es ilícita, *por ser engañosa*, la publicidad que no es fácilmente reconocible como tal] y, directamente, por el artículo 9 LGP [es ilícita la publicidad que *infringe el deber* de los medios de *deslindar de forma perceptible* publicidad e información y/o el deber de los anunciantes de *desvelar inequívocamente* el carácter publicitario de sus anuncios]¹¹.

8. Respecto al régimen jurídico aplicable, la *publicidad encubierta* ha de entenderse hoy comprendida en el concepto más amplio de *práctica comercial encubierta*, calificada como *ilícito desleal*, en la órbita del engaño, por la regulación general sobre competencia desleal¹². Se regula en los artículos 5.1 y 7.1 [actos de engaño “por la forma de presentación” y omisiones engañosas “por no dar a conocer el propósito comercial” de la práctica], así como en el artículo 26 [prácticas comerciales encubiertas con consumidores] de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal (LCD)¹³. Estas normas incorporan al ordenamiento español las disposiciones de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (“Directiva de prácticas comerciales desleales”)¹⁴. Debe tenerse en

⁹ Vid. art. 1, letra m), DSCA; en nuestro Derecho, *cf.* art. 2, núm. 31, LGCA.

¹⁰ Arts. 1, letra j) y 9.1, letra a) de la DSCA; arts. 2, núm. 32; arts. 13.1, inciso segundo, y 18.2 LGCA.

¹¹ Para un estudio más detallado sobre el concepto de publicidad encubierta, su evolución y las razones de su ilicitud, *vid.*, por todos, C. FERNÁNDEZ NOVOA, “La publicidad encubierta. Comentario a la Resolución del Jurado Central de la Publicidad de 15 de octubre de 1975”, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones e intercambio científico, Santiago de Compostela, 1989, pp. 183-203 (también publicado en *ADI*, 1976, pp. 371 y ss.); A. M. TOBÍO RIVAS, “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 23, 2000, pp. 1155-1210.

¹² *Vid.*, por todos, A. TATO PLAZA en “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”, *Autocontrol*, núm. 125, 2007, pp. 15-124, pp. 18-21; *vid.* también, del mismo autor, “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I)”, *Autocontrol*, núm. 149, 2010, pp. 7-14, pp. 11 y 12.

¹³ Sobre la regulación de la publicidad encubierta en la LCD, *vid.*, en sentido crítico, LEMA DEVESA, C. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Prácticas publicitarias engañosas”, *Autocontrol*, núm. 120, 2007, p. 10 (quienes rechazan la asimilación a una “omisión” de este y otros supuestos similares [informaciones ambiguas, oscuras, ininteligibles o extemporáneas] y consideran más apropiada su calificación como “acto de engaño”); *vid.* también TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 131 y ss.; M. SÁNCHEZ RUIZ en “Publicidad desleal (II). Engaño y encubrimiento publicitarios”, en LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (Coord.), *Derecho de la publicidad*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 155-170, p. 163 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas”, en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* (dir. García-Cruces), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, t. I, pp. 1217 y ss.

¹⁴ En concreto, los arts. 6.1 y 7.2, así como el núm. 11 del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE. Al respecto, *vid.*, por todos, MASSAGUER FUENTES, J., “Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales”, *Actuali-*

cuenta que esta última Directiva también “*se aplica a las conductas comerciales desleales, tales como las prácticas engañosas y agresivas, que tienen lugar en los servicios de comunicación audiovisual*”¹⁵.

9. La doctrina ha destacado los vínculos existentes entre “emplazamiento de producto” y “publicidad encubierta” desde los orígenes de esta práctica. La postura dominante, de hecho, era considerar aquel como una simple manifestación de esta¹⁶.

En el sector audiovisual, los criterios de legalidad fijados por la regulación española vigente (procedentes de la europea) en materia de emplazamiento de producto vienen dando lugar a numerosos conflictos en su aplicación práctica, que reflejan la complejidad del deslinde entre ambos¹⁷.

Algunos de estos conflictos se han dirimido en el ámbito de la autodisciplina publicitaria. Cabe citar, por ejemplo, la Resolución de la Sección 4ª del Jurado de Autocontrol de la Publicidad (actual Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) de 26 de abril de 2001 (“Soberano, el rey canalla”); la Resolución de la Sección 6ª del Jurado de 15 de diciembre de 2005 (“VAT 69”); la Resolución de la Sección 6ª del Jurado de 16 de mayo de 2013 (“Toshiba”) o la Resolución de la Sección 6ª del Jurado de 15 de septiembre de 2013 (“Descubre tu País San Clodio”).

Un somero examen de los últimos casos planteados en la jurisdicción contencioso-administrativa puede servir para ilustrar mejor el grado de conflictividad alcanzado respecto a la diferenciación entre emplazamiento de producto y publicidad encubierta. Las sentencias judiciales recaídas sobre esta cuestión resuelven recursos presentados frente a resoluciones administrativas sancionadoras, dictadas por las autoridades competentes en aplicación del régimen sancionador previsto en el Título VI de la Ley General de Comunicación Audiovisual. Desde junio de 2013, la supervisión y control del mercado de comunicación audiovisual, incluyendo la potestad sancionadora, está atribuida a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)¹⁸. El artículo 58 de la Ley General de Comunicación Audiovisual tipifica como infracciones graves, en particular, el incumplimiento de las condiciones establecidas en dicha Ley para la realización de la forma de comunicación comercial prevista en el art. 17 (esto es, el emplazamiento de producto) y la emisión de comunicaciones comerciales encubiertas (núm. 7 y núm. 8).

10. En este ámbito administrativo, cabe destacar, entre los últimos ejemplos, las Resoluciones de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 2 de junio de 2015 y de 30 de julio de 2015, por las que se impone a Mediaset Comunicación España, S.A., por un lado, una multa de 324.000 € y, por otro, seis multas de 100.001 € cada una, por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos, así como de las empresas que los venden, dentro de ciertas emisiones de los programas “Sálvame Diario” y “Qué tiempo tan feliz”, respectivamente¹⁹. También pueden citarse las Resoluciones de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 25 de octubre de 2016 y de 13 de diciembre de 2016, por las que se impone a la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A (CRTVE) las siguientes sanciones, respectivamente: una multa de 108.771 € por emitir una comunicación encubierta del Gimnasio Curves Pozuelo en el programa “La Mañana” y otra multa de 219.342 € por haber emitido, en su canal La 1, una comunicación comercial encubierta de la marca “Bodegas González Byass” y de sus productos (vinos: Tío Pepe, Viña AB, Alfonso, Noé y Beronia), en el programa “Masterchef”²⁰.

dad Jurídica (Uría & Menéndez), núm. 13, enero 2006, págs. 13-25; con carácter general, este mismo autor realiza un exhaustivo análisis de la citada Directiva en la obra *El nuevo Derecho de la competencia desleal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

¹⁵ Cdo. 82 DSCA.

¹⁶ *Vid.*, en este sentido, A. TATO PLAZA en *ADI*, núm. 22, 2001, pp. 584 y ss.; en una línea similar, pero con mayores matices, A. M. TOBÍO RIVAS, *op. cit.*, pp. 1198-1202; en la doctrina italiana, *vid.* MANSANI, L., “*Product placement: la pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*”, *Contratto e impresa*, 1988, pp. 904-936, pp. 912 y ss.; F. UNNIA, *La pubblicità clandestina. Il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 290 y ss.

¹⁷ *Cfr.*, al respecto, N. IRAKULIS ARREGUI, “El emplazamiento de producto ilícito en televisión como una modalidad de publicidad encubierta”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 9, 2011, págs. 113-132 (pp. 1-28 en la versión consultada de la base de datos Wolters Kluwer-La Ley, por donde se cita), pp. 6-10.

¹⁸ Art. 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹⁹ SNC/DTSA/2104/14/MEDIASET (<https://www.cnmc.es/node/345055>; fecha de consulta: 25-06-2017) y SNC/DTSA/007/15/MEDIASET (<https://www.cnmc.es/node/344798>; fecha última consulta: 25-06-2017).

²⁰ SNC/DTSA/023/16/CRTVE (<https://www.cnmc.es/en/node/344852>; fecha última consulta: 25-06-2017) y SNC/DTSA/030/16/CRTVE (<https://www.cnmc.es/en/node/344889>; fecha última consulta: 25-06-2017).

Uno de los supuestos más recientes, que reviste particular interés en la materia que nos ocupa, es la Resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 4 de mayo de 2017, por la que se impone a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. una multa de 200.030 € por haber incluido en su canal de Antena 3, durante ciertas emisiones de la serie “Velvet”, emplazamientos de producto de “Coca Cola” que incumplen los requisitos establecidos en el artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual²¹. En la misma línea que la anterior, debe citarse, finalmente, la Resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 21 de junio de 2017, por la que se impone a esta misma corporación (Atresmedia) cuatro multas por importe global de 413.434 €, tras ser considerada responsable de la comisión de cuatro infracciones administrativas graves, una de ellas de carácter continuado, por haber emitido en su canal NOVA, durante cuatro emisiones del programa “Decogarden”, emplazamientos de producto de “Titanlux”, “Cortina Decor”, “Tesa” y “Flower” que incumplen los requisitos establecidos en el art. 17.3 de la Ley 7/2010²².

En estas dos últimas Resoluciones, la CNMC, tras exponer con detalle el régimen vigente y recordar los criterios de interpretación sobre esta materia propuestos por la propia Comisión en el “Acuerdo por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, de 17 de septiembre de 2014”, señala las claves para establecer la ilicitud de un emplazamiento de producto²³. De un lado, se entiende que el emplazamiento de producto puede ser ilícito *por ser constitutivo de publicidad encubierta* (en particular, así ocurrirá cuando el emplazamiento publicitario no se identifica debidamente como tal²⁴), pero también es posible que un emplazamiento de producto que esté correctamente identificado (y, por tanto, no constituya publicidad encubierta) sea ilícito *por incumplir alguno de los requisitos cualitativos* a los que el régimen legal vigente condiciona la licitud de esta concreta clase de comunicación comercial. En el caso tratado por la primera de las resoluciones, en particular, se aprecia un incumplimiento ostensible del requisito que impone no dar una *prominencia indebida* a los bienes, servicios o marcas insertados en el contenido de los respectivos programas²⁵; en la segunda, esa misma prominencia indebida (manifestada por la presencia invasiva, duradera y reiterada de la marca, con primeros planos de los productos que escapan al desarrollo regular de la acción) se acompaña de *menciones verbales a las posibles virtudes, méritos u otras características del producto* emplazado (que incitan a la compra de esa concreta marca y no otras) y también de expresiones personales de la presentadora influyendo en el guión del programa y, en consecuencia, *afectando a la independencia editorial del prestador del servicio respecto del anunciante*.

11. En cuanto a las resoluciones judiciales²⁶, entre los últimos casos resueltos por el Tribunal Supremo sobre publicidad encubierta en el ámbito audiovisual estarían las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 24 de abril de 2012 (caso “Marina d’Or”) y de 30 de julio de 2013 (caso “Escenas de matrimonio”) ²⁷. En ambos supuestos, el Tribunal no entra a considerar si la conducta sancionada podría considerarse como un emplazamiento de producto (y, por ende, a establecer los parámetros para apreciar su licitud o ilicitud), sino que, directamente, considera reconducir dicha práctica *en todo caso* a la noción de publicidad encubierta. Ello se debe a que ambas resoluciones aplican la regulación vigente con anterioridad a la LGCA, que no contemplaba el emplazamiento de producto como una clase de comunicación comercial admisible.

Mayor interés presentan, por este motivo, las últimas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en las que este órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta (incluso aunque no resultara aplicable al caso enjuiciado) la regulación europea y española sobre emplazamiento de producto. Es el caso, entre otras, de las sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2010, de 24 de febrero de 2011, de 30 de enero de 2012 y de 11 de mayo de 2012. En todas ellas se aprecia la existencia de publicidad encubierta y se rechaza que se trate de un emplazamiento de

²¹ SNC/D TSA/002/17/ATRESMEDIA (<https://www.cnmc.es/en/node/356921>; fecha de consulta: 25-06-2017).

²² SNC/D TSA/006/17/ATRESMEDIA (<https://www.cnmc.es/expedientes/sncdtsa00617>; fecha de consulta: 5-07-2017).

²³ INF/D TSA/1356/14/CRITERIOS PUBLICIDAD (<https://www.cnmc.es/expedientes/infdttsa135614>)

²⁴ *Id.*, en esta línea, la Resolución de 21-06-2017 (SNC/D TSA/006/17/ATRESMEDIA), p. 21.

²⁵ *Cfr.* la Resolución de 4 de mayo de 2017 (SNC/D TSA/002/17/ATRESMEDIA), p. 15.

²⁶ Puede verse un resumen de la jurisprudencia española sobre la materia en J. PAGADOR, *op. cit.*, pp. 5-8.

²⁷ STS (Sala 3ª) 24-04-2012 (RJ 2012/4867); STS (Sala 3ª) 30-07-2013 (JUR 2013/ 295443).

producto amparado por la citada regulación, con una argumentación idéntica: “la *mera presentación* de un producto o un cartel en una película o en una serie de televisión *formando parte del decorado* ha de distinguirse claramente del intento de utilizar una escena, como es el caso que nos ocupa, para promocionar un producto determinado con un mensaje, tanto verbal como visual, utilizando el soporte de una escena como mera excusa para realizar una promoción encubierta de un producto determinado. No nos encontramos, por tanto, ante el *mero emplazamiento* de un producto *en una escena o decorado*, sino que se trata de un supuesto de publicidad encubierta del producto en cuestión²⁸.

En la misma línea se pronuncia la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de mayo de 2013 que, con expresa referencia a la regulación nacional y comunitaria vigente sobre emplazamiento de producto (pero reiterando la misma doctrina sentada en resoluciones anteriores), afirma: “la diferencia que en la misma norma europea se establece entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la *mera presentación* (“*asentamiento*” o “*emplazamiento*”) del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el “emplazamiento” la aparición del producto o servicio de que se trate es solo eso, una presentación *carente de suplementaria carga promocional o apologética*²⁹. En una dirección similar apunta la Audiencia Nacional en la sentencia de 2 de marzo de 2015, donde considera concurrentes en el caso todos los requisitos para la calificación como publicidad encubierta porque “se ha producido una presentación directa, verbal y visual, de bienes y marcas [...] de un productor de mercancías existentes en el mercado, en un programa de televisión [...], con intención publicitaria por parte del prestador del servicio”. Entiende la Audiencia que dicha presentación es “distinta del emplazamiento de producto” porque este último “*carece siempre del protagonismo de estas emisiones*”³⁰.

De conformidad con lo expuesto, cabe concluir que los tribunales españoles fijan la línea divisoria entre publicidad encubierta y emplazamiento de producto en la *absoluta pasividad* que se atribuye a este último, por considerar que los productos o servicios “emplazados” *solo deben formar parte del entorno físico o el decorado* donde transcurre la acción del programa, pero no pueden llegar a ser parte de esta. Más decisivo debe entenderse, a mi juicio, un segundo criterio señalado por la jurisprudencia: la necesidad de que, por el modo de inserción del producto o servicio en el contenido o la acción del programa donde se realice un emplazamiento, no quepa apreciar una “*suplementaria carga promocional o apologética*”.

12. En el emplazamiento de producto lícito, es una característica esencial la inserción de la *propia comunicación comercial* (consistente en una o varias presentaciones verbales o visuales del producto, servicio o marca de que se trate) en ciertos servicios audiovisuales cuyo contenido no es promocional (por ejemplo, una serie de televisión o un programa deportivo). El emplazamiento de producto constituye, por tanto, una excepción a la regla general que impone a los medios de difusión (en este caso, las cadenas de televisión prestadoras del servicio de comunicación audiovisual) la obligación de que las comunicaciones *comerciales* estén *claramente diferenciadas del resto de contenidos* audiovisuales³¹.

La ausencia de separación entre la presentación del bien o servicio “emplazado” y el contenido editorial del programa en el que este “figura” es el rasgo esencial que define esta clase de comunicación comercial audiovisual. Es también la principal diferencia con el *patrocinio audiovisual*, en el que las referencias a los patrocinadores pueden aparecer en el programa pero de forma separada, y no formando parte de la acción, el argumento o la trama³². Así, en el Preámbulo de la Directiva de Servicios de

²⁸ Cfr: SAN 11-11-2010 (JUR 2010/397526), F.D. 4º; SAN 24-02-2011 (RJCA 2011/156), F.D. 5º; SAN 30-01-2012 (RJCA 2012/262), F.D. 5º; SAN 11-05-2012 (RJCA 2012/351), F.D. 3º. En una línea similar, *vid.* también la STS (Sala 1ª) 18-11-2011 (caso “Nobel”), F.D. 4º: “[...] la utilización visible de una marca de cigarrillos, en la parte frontal de la máquina, no merece entenderse como necesaria para *reproducir el interior de un bar*. El signo nada aportaba a la *credibilidad del escenario*”.

²⁹ SAN 20-05-2013 (RJCA 2012/690), F.D. 5º.

³⁰ SAN 2-03-2015 (JUR\2015\103880), F.D. 1º.

³¹ El art. 19.1 DSCA formula esta regla general: “La publicidad televisiva y la telementa deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial. Sin perjuicio de la utilización de nuevas técnicas publicitarias, la publicidad televisiva y la telementa deberán diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales”.

³² Cdo. 91 *i.f.* DSCA. Sobre las relaciones entre patrocinio audiovisual y emplazamiento de producto en la Directiva, *vid.* C. ANGELOPOULOS, “Product placement in european audiovisual productions”, *IRIS plus* 2010-3, pp. 7-21, pp. 19 y 20.

Comunicación Audiovisual se afirma que “*el principio de separación debe limitarse a la publicidad televisiva y la televenta, mientras que procede permitir el emplazamiento de producto en determinadas circunstancias, a menos que un Estado miembro decida otra cosa. No obstante, se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta*”³³.

Al emplazamiento de producto, cuya esencia está en la *integración*, no se aplica, por tanto, una de las principales herramientas para evitar la publicidad encubierta: el deber de “separación” de los mensajes publicitarios³⁴.

Dado que, por su propia configuración, esta clase de comunicación comercial audiovisual implica un *riesgo* de que la práctica sea *apta para inducir a error sobre su naturaleza*, el problema es establecer en qué circunstancias el emplazamiento de producto “se realiza de forma encubierta” y, por ende, debe entenderse prohibido.

13. Un primer dato a considerar es que la inserción de imágenes o menciones a productos o marcas en el argumento de un programa sea intencionada y responda a una *finalidad publicitaria*. Puede ocurrir que su presencia sea fruto de una elección creativa del autor o productor de una obra audiovisual (por ejemplo, una serie o un largometraje realizados para su difusión en televisión), que solo se deba a motivos escénicos o a necesidades narrativas y que únicamente pretenda dotar a la obra de mayor credibilidad y realismo. En estos casos, no habrá “emplazamiento de producto” en el sentido de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual³⁵. En general, debe entenderse que las disposiciones de la Directiva no resultarán aplicables cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual no haya tenido influencia o participación alguna en la presentación de los productos o marcas dentro del contenido de un programa, lo que ocurrirá normalmente en el caso de las producciones ajenas (es decir, no realizadas ni encargadas por aquel)³⁶. Por el contrario, la presentación de un producto, servicio o marca se presume intencionada y, por ende, se considera concurrente un propósito publicitario por parte del prestador de servicios, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar, según resulta expresamente de lo dispuesto en el artículo 1, letra j) de la citada Directiva.

14. El emplazamiento de productos definido en el marco de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, por tanto, responde típicamente a un “propósito publicitario” del prestador del servicio. Este se obliga a realizar una presentación determinada (visual y/o verbal) del bien o servicio (o, más propiamente, de su marca) que sea idónea para lograr dicho propósito, *a cambio de una contraprestación* que contribuya a la financiación de su actividad. En la práctica del sector, la inclusión del bien o servicio en el contenido de un programa audiovisual suele ser consecuencia de un contrato con ese objeto celebrado entre el productor del programa (el mismo proveedor del servicio o bien una persona jurídica distinta pero vinculada con él) y el anunciante (o bien un tercero que actúe por cuenta de este, p.ej. una agencia de publicidad), siendo en realidad este último sujeto quien, en sentido estricto, persigue una *finalidad publicitaria y concurrencial*³⁷.

³³ Cdo. 81 y artículo 19.1 DSCA; la LGCA extiende igualmente el deber de separación solo a los mensajes publicitarios convencionales (anuncios o *spots*) y a la televenta (art. 13.1 *in fine* y 14.2 LGCA).

³⁴ Con carácter general, el art. 9 LGP, como ya se ha indicado, impone a los medios de difusión el deber de deslindar perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. En el ámbito audiovisual, el art. 6.5 LGCA establece que todas las personas tienen el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales “*en los términos previstos por la normativa vigente*”.

³⁵ Vid. P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “Product placement o emplazamiento de productos. (A propósito de la regulación contenida en la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual)”, *ADI*, núm. 28 (2007-2008), pp. 69-96, p. 81, quien destaca que, en los casos indicados en texto, no hay “publicidad”. La doctrina más autorizada distingue las menciones informativas de una marca en la publicidad (lícitas) de los casos de publicidad encubierta (prohibida), destacando que las primeras tienen una finalidad orientadora e instructiva y solo de manera incidental aluden a una empresa y sus productos, mientras que la segunda se propone ensalzarlos de forma indirecta a través de un contexto informativo (o, en todo caso, no promocional). Cfr: FERNÁNDEZ NOVOA, C., “La publicidad encubierta”, *op.cit.*, pp. 192-194.

³⁶ Vid. C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, p. 9.

³⁷ Cfr: art. 2 LGP y art. 2.2. LCD.

15. De acuerdo con la definición prevista en el artículo 1, letra j) de la Directiva 2010/13/UE, son tres los elementos necesarios para que una comunicación comercial audiovisual deba ser considerada “encubierta”: la presentación intencionada de un bien o servicio, un propósito publicitario por parte del prestador del servicio y la aptitud para inducir a error sobre su naturaleza (esto es, sobre la finalidad *comercial* de dicha presentación)³⁸.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, como estableció la STJUE (Sala 3ª) de 9 de junio de 2011 (caso “Alter Chanel”), “la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta”. Señala el Tribunal de Justicia que la existencia de remuneración es un criterio que permite establecer el propósito publicitario de un organismo de radiodifusión televisiva pero que, aunque esta falte, todavía podrá establecerse el carácter intencional de una publicidad encubierta atendiendo a otros criterios³⁹. En una línea similar se había pronunciado ya en nuestro país la Audiencia Nacional, entre muchas otras, en la sentencia de 26 de julio de 2007. Aplicando la regulación anterior a la vigente Ley General de Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010), esta resolución destaca que, para apreciar *publicidad encubierta*, “la cuestión a solventar radica, no en si hubo o no hubo contraprestación por la aparición de las imágenes, secuencias referidas al producto –en sus diversas modalidades (...), sino en si hubo o no hubo *intención y propósito publicitario* por parte del operador de televisión, *que además pudiera haber inducido a error al público*”⁴⁰.

16. La natural presencia de los dos primeros elementos integrantes de la publicidad encubierta en el emplazamiento de producto, unida a la probabilidad fundada de que pueda concurrir el tercero (siempre que no se identifique claramente como tal⁴¹ o, en general, sea apto para inducir a error sobre su naturaleza por la forma en que se realice la integración del bien o servicio emplazado en el programa), justifican que pueda afirmarse la existencia de una dificultad *intrínseca* para delimitar ambos supuestos en la práctica.

Desde este punto de vista, puede entenderse mejor que la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual optara por prohibir el emplazamiento de producto, sin perjuicio de establecer algunas excepciones a esa prohibición.

III. La prohibición del emplazamiento de producto en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual y sus excepciones.

1. La regla general prohibitiva

17. La regulación específica sobre el emplazamiento de producto, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2010/13/UE, parte de una regla general prohibitiva de esta práctica, aunque seguida de amplias excepciones a la prohibición.

³⁸ Cfr: ya en este sentido el apartado 2.5 (núm. 31) de la “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la Directiva «Televisión sin fronteras» sobre la publicidad televisiva”, publicada en el DOUE el 28 de abril de 2004 (2004/C 102/02).

³⁹ Sobre esta sentencia, *vid.* L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “El Tribunal de Justicia de la UE precisa el concepto de publicidad encubierta según la Directiva *Televisión sin fronteras*: la sentencia “Alter Channel”, *Autocontrol*, núm. 178, 2012, pp. 12-15, p. 14; ARIAS MÁIZ, V., “Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011 (caso “Alter Channel”)”, *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la competencia*, núm. 66, 2012, pp. 169-196, pp. 190 y ss. Este último autor comparte el criterio fijado por el TJUE en esta sentencia pero, en su conjunto, le parece decepcionante, porque este era ya un criterio aceptado en la mayoría de las jurisdicciones comunitarias y, sobre todo, porque la misma no aclara cuáles pueden ser esos “otros indicios” que sirven para apreciar la existencia de intención publicitaria (*cf.* pp. 194-196).

⁴⁰ SAN 26-07-2007 (RJCA 2007/629), F.D. 2º; en el mismo sentido, *vid.* SAN 11-11-2010 (JUR 2010/397526), F.D. 3º, donde se consideró que hubo *propósito publicitario* de la prestadora del servicio de comunicación audiovisual (Antena 3) debido a que la empresa propietaria del producto o servicio emplazado mantenía estrechas relaciones comerciales de patrocinio publicitario con ella, precisamente en relación con dicho producto. Sobre esta cuestión, *vid.* V. ARIAS MÁIZ, *op. cit.*, p. 195, texto y nota 33.

⁴¹ En este sentido, *vid.* N. IRAKULIS ARREGUI, *op. cit.*, p. 8.

Este planteamiento regulatorio pone de manifiesto las enormes reservas con las que se acepta la licitud de esta práctica comercial⁴² y resulta coherente, hasta cierto punto, con la prohibición de las comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas establecida en el art. 9.1, letra a) de la Directiva. No puede ignorarse, de hecho, la evidente similitud entre la definición de estas últimas y la de emplazamiento de producto que se recogen en las letras j) y m) del artículo 1 de la Directiva.

18. El apartado 2 del art. 11 de la Directiva prohíbe el emplazamiento de producto pero, en el inmediato apartado siguiente, el precepto contempla una serie de excepciones a esta prohibición. Para establecerlas, la Directiva maneja varios criterios diferentes: el tipo de servicio audiovisual (formato del programa) en el que se presenta el producto o marca emplazado, los posibles destinatarios del programa, la posible ventaja o contraprestación recibida a cambio por el prestador de servicios de comunicación audiovisual y la clase de producto o servicio presentado o emplazado. El apartado 1 del artículo 11 añade a los anteriores un criterio temporal: la regulación del emplazamiento prevista en la Directiva solo será aplicable a los programas producidos después del 19 de diciembre de 2009.

Las excepciones a la prohibición de emplazamiento de producto resultarán aplicables “*a menos que un Estado miembro decida otra cosa*” (*opt-out system*). Por tanto, los Estados miembros podrán establecer regulaciones más estrictas o incluso una prohibición total del emplazamiento. Según aclara el Considerando 92, los Estados miembros deben tener la posibilidad de optar por no acogerse a dichas excepciones, parcialmente o en su totalidad, por ejemplo al autorizar el emplazamiento de producto únicamente en programas que no se hayan producido exclusivamente en dicho Estado miembro.

19. La previsión de una tajante prohibición como la contemplada en el artículo 11.2 de la Directiva (“*queda prohibido el emplazamiento de producto*”), sin embargo, no resulta demasiado coherente con la amplitud de las excepciones previstas ni, en general, con una visión de conjunto de la regulación de la Directiva. Una consideración global de sus disposiciones permite apreciar que, de forma implícita, la Directiva considera el emplazamiento de producto como una modalidad de comunicación comercial audiovisual perfectamente equiparable a otras que regula (como los anuncios televisivos, la televenta o, sobre todo, el patrocinio audiovisual, con el que presenta muchas semejanzas⁴³). Su admisibilidad, como ocurre con el emplazamiento de producto, también está subordinada a una serie de requisitos y límites, pero solo este último se prohíbe como regla general.

No puede extrañar, por esta razón, que, al incorporar la Directiva a sus respectivos ordenamientos, la mayoría de los Estados miembros hayan optado por omitir la prohibición general del emplazamiento de producto.

20. Si se comparan las regulaciones de transposición de la Directiva 2010/13/UE en los principales países europeos de nuestro entorno, puede observarse que es en Alemania donde se ha reproducido más fielmente el esquema regulatorio de la Directiva: una clara prohibición general del emplazamiento de producto (“*la publicidad encubierta, el emplazamiento de productos y el emplazamiento de temas están prohibidos*”), seguida de sendas excepciones por las que se admite el emplazamiento de producto en los medios de difusión públicos y en los privados, siempre que se respeten los requisitos expresamente indicados⁴⁴. En relación con los proveedores de servicios audiovisuales públicos, únicamente se admite el emplazamiento cuando el programa no haya sido producido ni encargado por el prestador de servicios de televisión (es decir, en producciones ajenas)⁴⁵, mientras que esta limitación no se contempla en el caso de los medios audiovisuales privados⁴⁶.

⁴² Cfr. C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, p. 11.

⁴³ Cfr. arts. 10 y 11 DSCA.

⁴⁴ Cfr. § 7 (7) *Rundfunkstaatsvertrag* [RStV] (*Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien, vom 31. August 1991, in der Fassung des Neunzehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Neunzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag)*) (versión 19ª en vigor desde el 1-10-2016).

⁴⁵ § 15 RStV.

⁴⁶ § 44 RStV.

21. En el Derecho inglés, el sistema de regulación de esta técnica, de acuerdo con los principios establecidos en la *Communications Act* de 2003, no consiste en una prohibición general del emplazamiento de producto, seguida de excepciones. Por el contrario, se parte de la admisibilidad general de esta práctica en los servicios de televisión (tanto lineales como a petición), aunque sujeta a las restricciones expresamente previstas. Mediante *The Audiovisual Media Services (Product Placement) Regulations 2010* se modificó la redacción de las *Sections* 319, 321, 324, 325 y 362, entre otras, de la *Communications Act* y se incluyó el *Schedule 11 A (Restrictions on product placement)*, que es donde se regula esta modalidad de comunicación comercial audiovisual⁴⁷. En dicha norma se establecen supuestos específicos en los que se excluye el emplazamiento de producto (“*prohibitions of product placement*”) y, a continuación, se regulan las condiciones de su aplicación para los casos restantes en los que, como regla, se considera permitido (“*conditions applying to product placement*”).

Reino Unido es, sin duda, el país europeo donde se regula de forma más detallada y precisa el emplazamiento de producto, ya que el régimen legal apuntado se complementa mediante el recurso a una extensa autorregulación. La *Communications Act* de 2003 y la *Broadcasting Act* de 1996 atribuyen a la “Autoridad independiente y de la competencia para las industrias de la comunicación en Reino Unido” (conocida como *Ofcom*), entre otras funciones, la elaboración de Códigos de conducta que complementen y faciliten la interpretación de los principios establecidos por la legislación. *The Ofcom Broadcasting Code (Section nine)*, cuya última revisión está vigente desde abril de 2017, contiene un conjunto de reglas específicas aplicables al *product placement (Rules 9.6 a 9.14)*. A su vez, la *Guidance on Section Nine of Broadcasting Code (2011). Commercial reference in television programming* (versión 3, en vigor desde el 20 de mayo de 2016) es un texto no vinculante publicado por *Ofcom*, dirigido a los prestadores de servicios de televisión, que prevé criterios específicos para interpretar y aplicar las *rules* de la *Section 9* del *Ofcom Broadcasting Code*⁴⁸.

22. En Italia, el emplazamiento de producto se regula en el artículo 40 bis del Decreto Legislativo núm. 177, de 31 de julio de 2005 (*Testo único dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*), introducido por el Decreto Legislativo núm. 44, de 15 de marzo de 2010. La regulación italiana tampoco parte de una prohibición inicial.

El apartado 1 del art. 40 bis señala los concretos formatos de programas en los que se permite el “*inserimento di prodotti*”; el apartado 2 establece los requisitos que deben respetar los programas que lo incluyan; el apartado 3 regula el deber de identificación del emplazamiento; el apartado 4 lo prohíbe respecto de ciertos productos y el apartado 5 remite a la autorregulación, dejando que sean los propios sujetos interesados⁴⁹ quienes desarrollen las reglas necesarias para la aplicación de los principios básicos enunciados en los apartados anteriores. Conviene resaltar que el legislador italiano ha configurado la autorregulación como condición necesaria para poder utilizar esta forma de comunicación comercial⁵⁰.

La “Autoridad italiana garante de las comunicaciones” (*AGcom*), a su vez, creó en 2011 un “Observatorio permanente en materia de emplazamiento de producto”, encargado de fomentar y vigilar el respeto a los procedimientos y los códigos de autodisciplina sobre esta materia⁵¹. Los sujetos afectados no han optado por acogerse a un código de conducta único que contenga los principios generalmente

⁴⁷ Puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2010/831/regulation/9/made>. Cfr. la remisión al *Schedule 11 A* que se realiza en el apartado (3 A) de la *Section 321* de la *Communications Act* 2003.

⁴⁸ Accesible en https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0014/33611/section9_may16.pdf.

⁴⁹ Productores, proveedores de servicios de comunicación, concesionarias de publicidad y otros sujetos interesados.

⁵⁰ Vid., en este sentido, la Circular de la *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGcom)* de 25 de octubre de 2010 sobre “Autoregolamentazione dell’inserimento di prodotti all’interno della programmazione (art. 40 bis del Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici)”.

⁵¹ *Deliberazione 20 gennaio 2011 della Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni: “Istituzione di un osservatorio permanente in materia di inserimento dei prodotti ai sensi dell’articolo 40 bis del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici- decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, come integrato dal decreto legislativo 17 marzo 2010, n. 44” (Deliberazione n.19/11/CSP)*. Sobre la autodisciplina publicitaria en Italia, puede verse el trabajo de G. VOTANO “*Product placement e autoregolamentazione*”, en F. BASSAN (Coord.), *op. cit.*, pp. 21-34; en particular, respecto al emplazamiento de producto, *vid. pp. 33 y 34*.

reconocibles en el sector, sino que cada operador ha adoptado su propio código, tras la verificación de su licitud por parte de *AGCom*, lo que ha reducido la eficacia del sistema de autodisciplina en esta materia⁵².

23. También se prescinde de establecer una prohibición general del emplazamiento de producto en la regulación audiovisual francesa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14-1 de la Ley nº 86-1067 de 30 de septiembre de 1986 relativa a la libertad de comunicación (*Loi Léotard*). Esta norma remite al “*Conseil Supérieur de l’audiovisuel*” (*CSA*) la determinación de los programas de comunicación audiovisual que pueden incluir emplazamiento de producto y fija los requisitos mínimos que estos deberán respetar (que coinciden sustancialmente con los previstos en el art. 11.3, inciso 3º, de la Directiva). En ejercicio de esa remisión, el citado Consejo dictó la *Délibération n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision*⁵³, modificada por la *Délibération n° 2012-35 du 24 juillet 2012*⁵⁴, donde se desarrolla el régimen aplicable a esta figura en Francia.

24. La regulación española, por su parte, ha adoptado un planteamiento completamente opuesto al de la Directiva 2010/13/UE. El artículo 17 de nuestra Ley General de Comunicación Audiovisual no se limita a omitir la prohibición general del emplazamiento de producto que establece la Directiva (como se ha hecho en la mayor parte de los Estados miembros), sino que, realizando un sorprendente movimiento pendular, lo configura como un “derecho” de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. El “derecho al emplazamiento de productos” constituye una manifestación del más amplio “derecho a realizar comunicaciones comerciales”⁵⁵, junto al “derecho a emitir mensajes publicitarios”, el “derecho a emitir mensajes de venta por televisión” y el “derecho al patrocinio”⁵⁶.

2. Las excepciones a la prohibición

A) Género de programas en los que se admite, salvo en los casos expresamente previstos

25. El artículo 11.3 de la Directiva 2010/13/UE, a pesar de la prohibición inicial, admite el emplazamiento de productos, como excepción, en dos supuestos, que describe en las letras a) y b). No obstante, deja a salvo que un Estado miembro pueda optar por no incorporar a su ordenamiento, en todo o en parte, estas excepciones.

En la letra a), la Directiva exige, como presupuesto necesario para que sea admisible el emplazamiento de producto, que *el programa o servicio de comunicación audiovisual* en el que se realice *pertenezca a una de las categorías concretamente especificadas*. La norma recoge una *lista positiva* de formatos o géneros de programas, por lo que debe interpretarse que el emplazamiento de producto está vedado en cualquier otro servicio audiovisual distinto de los expresados. Fuera de los casos enumerados resulta aplicable la regla general y, por tanto, el emplazamiento de producto está prohibido por la Directiva.

La regla general prohibitiva del emplazamiento de producto de la que parte la Directiva hace innecesario precisar que, en los formatos no expresamente contemplados en la letra a) del art. 11.3, no es admisible esta concreta modalidad de comunicación comercial audiovisual. Por el contrario, en algunos

⁵² F. BASSAN, *op. cit.*, p. 64.

⁵³ Publicada en el *Journal officiel de la République française* de 5 de marzo de 2010.

⁵⁴ *Journal officiel* de 7 de agosto de 2012.

⁵⁵ *Vid.* ampliamente al respecto C. PINA / C. MESA, “El derecho a la comunicación comercial”, en C. CHINCHILLA / M. AZPI-TARTE (Coords.), *Estudios sobre la Ley general de la comunicación audiovisual*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pp. 255-311; sobre emplazamiento de producto, *vid.* pp. 276-281.

⁵⁶ Sección 2ª, Capítulo II de la LGCA. *Vid.*, las críticas a la discutible transposición española de la DSCA en esta materia de GAY FUENTES, C. en “Los derechos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 329, 2012, págs. 41-58 (consultada base de datos Wolters Kluwer-La Ley sin numeración de páginas, por lo que se citan epígrafes), ep. 1, donde la autora destaca el carácter ampuloso de estos presuntos derechos y recuerda la opinión del Consejo de Estado al respecto: “*si bien puede ponerse énfasis en los derechos, no cabe desdibujar la naturaleza de obligaciones o deberes que se extrae de la Directiva*”; en la misma línea, *vid.* M. SÁNCHEZ RUIZ, “Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 296, 2015, pp. 183-223, pp. 201 y ss.

ordenamientos nacionales, como por ejemplo el francés, donde no se prevé una prohibición general, sí se ha considerado necesario realizar esta aclaración⁵⁷.

26. Los tipos de programas en los que se admite el emplazamiento de producto son los siguientes: obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento.

La selección que realiza la Directiva de los formatos concretos en los que se permite el emplazamiento de producto parece inspirada en la idea de que los programas elegidos (ficción televisiva o cinematográfica, o formatos relacionados con el ocio y el deporte) tendrían menor relevancia en la formación de opinión, lo que justificaría un menor nivel de protección de los intereses del público destinatario que en los restantes⁵⁸. Desde este punto de vista, es lógico que no se hayan incluido en la lista los documentales, por la mayor carga informativa que cabe atribuir al género documental. El artículo 17 de la Ley General de Comunicación Audiovisual española, sin embargo, añade los documentales a la “lista positiva” de la Directiva⁵⁹.

27. Debe tenerse en cuenta que, aunque sean encuadrables en alguno de los géneros permitidos, se exceptúan expresamente los programas infantiles, para los que la Directiva mantiene la prohibición del emplazamiento de producto.

El artículo 11.3, inciso segundo, de la Directiva 2010/13/UE dispone expresamente: “*La excepción indicada en la letra a) no se aplicará a los programas infantiles*”. Debe entenderse, en consecuencia, que sí sería admisible el emplazamiento en los casos previstos en la letra b), a los que nos referiremos en el apartado siguiente (suministro gratuito de bienes, ayudas a la producción o premios).

La inserción de bienes o servicios, proporcionados por un empresario al productor del programa (a menudo el propio proveedor del servicio de comunicación audiovisual) “con miras a su inclusión en el programa”, suele ser el resultado de un contrato entre ambos, donde se precisa la forma de su aparición⁶⁰. Cuando sea este el caso, su admisibilidad no parece justificada *si se trata de programas infantiles*, con independencia de que se realice sin mediar ningún pago u otra clase de contraprestación, o de que esta carezca de un valor significativo. En estos supuestos, debería entenderse prevalente la protección del interés de los menores destinatarios del programa. Así se ha entendido en algún Estado miembro, cuya regulación interna ha extendido expresamente la prohibición a los casos de suministro gratuito de bienes y servicios para su inclusión en programas infantiles⁶¹.

28. En general, puede constatar una tendencia general, apreciable en las regulaciones de varios países europeos, a restringir los géneros de programas para los que se admite el emplazamiento y a incorporar prohibiciones expresas para determinados formatos, que se consideran merecedores de una mayor protección. Es el caso, por ejemplo, de la regulación francesa (que solo autoriza el “*placement de produit*” en obras cinematográficas, ficciones audiovisuales y videos musicales, salvo cuando estén

⁵⁷ El apartado IV de la *Délibération n° 2010-4 (CSA)*, tras enumerar los únicos formatos donde está autorizada esta práctica en Francia, señala expresamente: “*Il est interdit dans les autres programmes*”.

⁵⁸ En el mismo sentido, J. MÜLLER-RÜSTER, *Product placement im Fernsehen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 127 *in fine* y 128.

⁵⁹ Afirma J. MÜLLER-RÜSTER que una regulación nacional que extienda las posibilidades de realizar emplazamientos más allá de los casos admitidos por la Directiva contradice los fines de esta, que pretende establecer el régimen mínimo común para los servicios de comunicación audiovisual transnacionales (*op. cit.*, p. 127). Destacan también que, conforme a la DSCA, está prohibido el emplazamiento en documentales M. R. FERNANDO MAGARZO, “La regulación de la publicidad en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 55 y ss. (consultada base de datos Wolters Kluwer-La Ley), ep. III, 4.1, A), b); C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, p. 13; M. SÁNCHEZ RUIZ, *op. ult. cit.*, pp. 205 y 206.

⁶⁰ *Vid.* la SJPI núm. 96 de Madrid (núm. 118/2012) de 29 de junio de 2012 (AC 2012/1358), referida al incumplimiento de un contrato cuyo objeto era el intercambio de publicidad por la cesión *gratuita* del uso de unas estancias de un local propiedad de la actora para el rodaje de una película (en este caso, de cine). La finalidad del contrato para la actora era que, mediante la película, se diera a conocer su local (F.D. 4°).

⁶¹ En Alemania, *cf.* último inciso del § 15.2 y del § 44.2 RStV (“*Sendungen für Kinder*”).

dirigidos a niños) o de la inglesa (que prohíbe expresamente el emplazamiento de producto en los programas religiosos, de actualidad o sobre consumidores)⁶².

29. Finalmente, debe señalarse que, cualquiera que sea el género del programa, el artículo 11.4 de la Directiva 2010/13/UE prohíbe de forma expresa los emplazamientos que tengan por objeto productos del tabaco, cigarrillos u otros productos de empresas cuya principal actividad sea la fabricación o venta de cigarrillos y otros productos del tabaco, así como medicamentos o tratamientos médicos específicos que solo puedan obtenerse mediante receta en el Estado miembro bajo cuya jurisdicción esté el prestador del servicio de comunicación.

30. En las regulaciones de algunos países europeos se ha extendido la prohibición a muchos otros productos. Así, por ejemplo, en Francia no pueden ser objeto de emplazamiento las armas de fuego, las municiones o los preparados para lactantes, así como los productos que sean objeto de patrocinio en el mismo programa⁶³. En Reino Unido, igualmente, se prohíbe el emplazamiento de los cigarrillos electrónicos, de toda clase de medicamentos, de las bebidas alcohólicas, de los preparados para lactantes, de los alimentos o bebidas con alto contenido en grasas, sal o azúcar y de los juegos de azar⁶⁴.

B) El suministro gratuito de productos, ayudas a la producción o premios.

31. La regulación europea contempla una segunda excepción a la prohibición general en la letra b) del artículo 11.3 de la Directiva 2010/13/UE. Se trata del emplazamiento de bienes o servicios que se realice sin mediar ningún pago, bajo la fórmula de un *suministro gratuito* de bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, “con miras a su inclusión en un programa”⁶⁵.

32. Una interpretación contextual de las letras a) y b) del artículo 11.3 de la Directiva conduce a entender que el suministro gratuito de bienes, ayudas a la producción o premios con la finalidad de su inclusión en un programa será admisible *cualquiera que sea el género* de este⁶⁶. En la regulación alemana, sin embargo, se han restringido los formatos en los que se admite, prohibiéndose en los informativos, los programas de actualidad política o de asesoramiento e información a consumidores, así como los programas infantiles o los servicios religiosos⁶⁷.

33. El artículo 11 de la Directiva 2010/13/UE no establece ninguna otra referencia o aclaración sobre este supuesto. Sí lo hace, en cambio, el Considerando 91 del Preámbulo, que indica lo siguiente: “el suministro gratuito de bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, debe considerarse emplazamiento de producto *únicamente si los bienes o servicios a los que se refiere tienen un valor significativo*”. Este último concepto ha cobrado especial relevancia en la transposición de la Directiva a algunos ordenamientos que, como cabía esperar, ofrecen definiciones dispares de lo que debe entenderse por “valor significativo”⁶⁸.

⁶² Cfr., en Francia, *Délibération n° 2010-4 (CSA)*, ap. IV; en Reino Unido, *vid. The Audiovisual Media Services (Product Placement) Regulations 2010, Schedule 11 A*, apartado 6, (1), a).

⁶³ *Délibération n° 2010-4 (CSA)*, ap. V.

⁶⁴ *Communications Act 2003, Schedule 11 A*, apartado 6, (1) b) y (2). En el caso de los cigarrillos electrónicos, la prohibición se aplica solo en programas producidos con posterioridad al 19 de mayo de 2016 [*vid. Communications Act, Section 319 (10)*].

⁶⁵ *Vid.*, sobre la regulación de la DSCA en este aspecto, C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

⁶⁶ En España, el Jurado de Autocontrol de la Publicidad ha considerado lícita (“no es contraria al art. 17.1 LGCA”) la aparición de ordenadores portátiles de una determinada marca –que figuraba de forma muy visible– en *los programas informativos* de Tele5 y Cuatro porque el emplazamiento se realizó a cambio del *suministro gratuito* de dichos ordenadores (Resolución de 16 de mayo de 2013 de la Sección Sexta del Jurado de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, caso “Toshiba”).

⁶⁷ § 15 Nr. 2. *if.* y § 44 Nr. 2. *if.* RStV. *Vid.*, al respecto, J. MÜLLER-RÜSTER, J., *op. cit.*, pp. 329-331.

⁶⁸ *Vid.*, al respecto, el trabajo de A. DIONISI / C. RAUCCIO / J. PETTINACCI, “Il product placement nell’Unione Europea”, *Law and Media Working Paper Series*, n° 4/2017, pp. 1-39, pp. 7, 30-23, 32, entre otras. <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2017/02/4.2017-Dionisi-Rauccio-Pettinacci.pdf>

34. En nuestro Derecho, el artículo 17.1 de la Ley general de comunicación audiovisual, con una redacción algo confusa, establece que “únicamente constituirá emplazamiento de producto, y *por tanto estará permitido*, siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo”. En el desarrollo reglamentario de esta Ley, se fija el criterio para cuantificarlo: “se considera que tendrán valor significativo cuando el importe de los referidos bienes y servicios incluidos en el programa sea superior en un diez por ciento a la tarifa estándar establecida para un mensaje publicitario correspondiente a la franja horaria en la que se emite el programa donde se incluyen”⁶⁹.

La regulación española ha suscitado importantes dudas interpretativas en este punto, no disipadas completamente tras su reforma en 2014. Así lo acredita el hecho de que haya sido recurrida judicialmente y, por ende, que el Tribunal Supremo haya debido pronunciarse sobre su legalidad. En concreto, la STS (Sala 3ª) núm. 114/2016, de 26 de enero de 2016 rechazó el recurso interpuesto contra el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, aprobado por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre.

En relación con la materia aquí tratada, dicha resolución judicial considera que no hay contradicción entre la Directiva 2010/13/UE, la Ley General de Comunicación Audiovisual española y el artículo 14 del Reglamento que la desarrolla. Señala el Tribunal Supremo que “aun cuando, ciertamente, la redacción de este precepto reglamentario es algo oscura, puede entenderse sin dificultad que el mismo regula únicamente el emplazamiento de producto contemplado en la norma europea y en la Ley española, es decir, el emplazamiento a cambio de remuneración y/o el emplazamiento gratuito cuando los bienes o servicios prestados tengan valor significativo. El suministro gratuito de bienes o servicios sin valor significativo queda fuera de la regulación de dicho precepto y como tal no se ve afectado por las limitaciones establecidas en las normas que nos ocupan para el emplazamiento de productos”⁷⁰.

35. Como apuntábamos antes, las regulaciones de los Estados miembros difieren sustancialmente en relación con esta materia. En Francia, la regulación es particularmente sencilla en este aspecto, lo que facilita extraordinariamente su aplicación. Se prescinde del concepto de “valor significativo” y no se contempla el suministro gratuito. El concepto de emplazamiento de producto se identifica con el realizado a cambio de un pago u otra contraprestación, describiéndose como el suministro oneroso, formalizado mediante un contrato, de bienes o servicios cuya marca sea identificable en el seno de un programa.

36. En el ordenamiento británico se ha dedicado especial atención a esta cuestión, empleándose incluso una denominación específica para el supuesto que nos ocupa (“*prop placement*”) para diferenciarlo del emplazamiento de producto típico (“*product placement*”).

En Reino Unido, se define el “*prop placement*” como la inclusión en un programa de un producto, servicio o marca (o de una referencia a este), cuando el suministro del mismo no tenga valor significativo y el proveedor del servicio de comunicación (u otra persona vinculada a este) no haya recibido ningún pago u otra contraprestación relacionados con tal inclusión⁷¹. Si los productos o servicios suministrados tienen un valor significativo, el supuesto será tratado como “*product placement*” y, por tanto, deberá cumplir todos los requisitos exigidos a este⁷².

La expresión “valor significativo” se ha definido, a estos efectos, como “un valor residual que es más que trivial”; a su vez, por “valor residual” se entiende “cualquier valor económico –monetario o de otra clase– que este proporcione al proveedor de servicios, distinto del coste ahorrado para incluir el producto, servicio o la marca en un programa”⁷³. En definitiva, el concepto de valor significativo se asocia con el valor que pueda obtener del bien el proveedor de servicios después de su uso en el programa.

⁶⁹ Art. 14.2 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre. El capítulo V del Real Decreto 1624/2011, dedicado al emplazamiento de producto y compuesto únicamente por el artículo 14, fue introducido por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero.

⁷⁰ STS (Sala 3ª) 26-01-2016 (RJ 2016/355), F.D. 6º.

⁷¹ Cfr. *Communications Act 2003, Schedule 11 A (Restrictions on product placement)*, ap. 1 (2).

⁷² Regulados en la *Communications Act, Schedule 11 A*, apartados 7 y 8.

⁷³ Cfr. *Communications Act, Schedule 11 A*, apartado 9, donde se definen los conceptos de “*residual value*” y de “*significant value*”. Vid. también *The Ofcom Broadcasting Code* (versión abril 2017), p. 52.

IV. Los requisitos exigidos para la licitud del emplazamiento de productos en la actual regulación audiovisual europea

37. La Directiva 2010/13/UE condiciona la licitud del emplazamiento al cumplimiento de ciertos requisitos, que señalan los límites cualitativos dentro de los cuales se considera admisible esta modalidad de comunicación comercial audiovisual. Cuando estemos en presencia de alguno de los géneros de programa en los que se permite incluir presentaciones visuales o verbales de productos, servicios o marcas con una finalidad publicitaria, no cabe entender, por tanto, que esta práctica será lícita *en cualquier circunstancia*.

Su admisibilidad se subordina a la necesaria observancia de unas condiciones específicas, que están relacionadas con dos aspectos básicos: de un lado, con *la manera en la que se presenta e integra el producto o la marca en el contenido editorial* del programa y, de otro, con *la necesidad de informar a los espectadores de la presencia del emplazamiento*, de manera que este quede suficientemente identificado.

1. Límites cualitativos referidos a la forma de integración del producto o servicio en el programa

A) Independencia editorial

38. De acuerdo con el artículo 11.3, inciso tercero [letras a) a c)] de la Directiva 2010/13/UE, los requisitos referidos a *la manera en que el bien, el servicio o la marca “figura”* en el programa, esto es, al modo en que estos se integran en el contenido del programa, son los siguientes: a) el emplazamiento *no deberá influir en el contenido* del programa de manera que *afecte a la responsabilidad e independencia editorial* del prestador del servicio de comunicación audiovisual; b) *no podrá incitarse directamente a la compra* o arrendamiento de los bienes o servicios presentados, “en particular, mediante *referencias de promoción concretas* a dichos bienes o servicios” y, finalmente, c) no podrá darse a estos una *prominencia indebida* en el programa.

39. La primera exigencia se refiere a la necesidad de garantizar la independencia del prestador de servicios, al que corresponde la responsabilidad editorial. Se entiende por “responsabilidad editorial” el control efectivo sobre la selección y organización de los programas emitidos, que recae exclusivamente en el prestador de servicios de comunicación audiovisual⁷⁴.

La independencia editorial del prestador de servicios podrá verse afectada, principalmente, cuando este participe, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de una sociedad del mismo grupo) en la producción de los contenidos del programa que contiene emplazamiento de producto⁷⁵. Cuando el proveedor de servicios difunda producciones ajenas que contengan un previo emplazamiento de producto, no obstante, aquel deberá cuidar de que este respeta los demás requisitos a los que se condiciona su licitud, que son impuestos por la Directiva sin tener en cuenta el origen del programa⁷⁶.

40. Según dispone el art. 11.3, inciso tercero, letra a) de la DSCA, bajo ninguna circunstancia se podrá influir en el contenido de los programas que presenten emplazamiento de productos (y, en el caso de las radiodifusiones televisivas, tampoco en su horario de programación), de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación.

La presentación de un producto, servicio o marca en un programa debe estar suficientemente justificada atendiendo a su contenido editorial; ha de “encajar” en el mismo de una forma natural. Por

⁷⁴ Vid. la definición de “responsabilidad editorial” prevista en el art. 1, letra c) DSCA, donde se matiza que “la responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados”.

⁷⁵ C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁶ *Cf. Guidance on Section Nine of Broadcasting Code (2011), rule 9.5, párrafo 1.27; en el mismo sentido, C. ANGELOPOULOS, op. cit., pp. 18 y 19. Como destaca esta autora, el emplazamiento de producto definido por la DSCA presupone la existencia de una contraprestación, pero no exige que el beneficiario de esta deba ser, en todo caso, el prestador del servicio. Además, como el artículo 11 DSCA es una regulación mínima, no es posible que un Estado pueda eximir a las producciones importadas de terceros países del cumplimiento de los requisitos exigidos a las producciones “domésticas”.*

el contrario, no es admisible que el contenido editorial sea creado *ad hoc* o distorsionado de tal manera que se convierta en un pretexto o mero vehículo para la presentación del producto o marca emplazado. Es lo que se conoce como emplazamiento o colocación “de temas”⁷⁷.

41. La falta de una justificación racional suficiente, por su contexto, para la presentación de un cierto producto o marca en la acción de un programa determinado constituye un indicio de que su presencia puede obedecer a la influencia de un tercero en el contenido de este. En todo caso, que la influencia en el contenido del programa afecta a la independencia editorial del proveedor de servicios es algo que habrá de ser establecido en cada caso atendiendo a una serie de elementos objetivamente apreciables: la relación (o ausencia de esta) entre el producto, según su naturaleza, y la acción del programa en el que se inserta; la reiteración (excesiva o no) de las apariciones; su duración (la de cada una y, si son varias, la duración total), la prominencia que se dé al producto, etcétera.

B) Incitación directa a la compra

42. El artículo 11.3., inciso tercero, letra b) de la Directiva 2010/13/UE establece que los programas que contengan emplazamiento de producto “no incitarán directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios”.

En el emplazamiento de producto, la presentación del producto dentro del programa debe ser, por sí sola, el medio para lograr el fin publicitario pretendido. El efecto promocional en ningún caso puede ser directo, sino que ha de ser necesariamente reflejo o indirecto. El uso o la mención de un producto o un servicio por parte de un personaje en una situación determinada dentro de la trama de una serie o película de ficción (o por el presentador en un programa deportivo o de entretenimiento) provoca una transferencia de imagen y una asociación ideal entre ambos, de la que el empresario que concierne el emplazamiento espera obtener un beneficio publicitario, consistente en que el destinatario se sienta compelido a adquirir su producto o demandar su servicio.

43. Deben evitarse, en particular, las referencias *promocionales* concretas a los bienes o servicios emplazados, esto es, aquellas que tengan una “suplementaria carga apologética”⁷⁸ o laudatoria. No debe interpretarse, sin embargo, que este requisito excluya la licitud de cualquier mención al producto emplazado o a sus propiedades (emplazamiento *verbal*), sino únicamente las referencias a este que impliquen una incitación directa a su compra o que puedan tener un efecto promocional similar⁷⁹.

44. La prohibición de incitar de forma directa a la compra o el arrendamiento de los bienes y servicios rige tanto para el patrocinio audiovisual como para el emplazamiento de producto, aunque su interpretación no es idéntica en ambos casos⁸⁰.

El patrocinio audiovisual se hace visible en el programa patrocinado informando al espectador de la existencia del patrocinio mediante una referencia visual y/o verbal a este (o a sus productos). Cualquier referencia al patrocinador, o sus productos, *durante el programa* no es admisible en el caso del patrocinio. Únicamente podrán hacerse referencias a aquellos *que consistan simplemente en informar al espectador del patrocinio* (por tanto, sin incitar a la compra), debiendo realizarse cuando el programa aún no haya comenzado, esté interrumpido por una pausa o haya concluido.

En el emplazamiento de producto, por definición, sí que se admiten referencias al producto o sus signos distintivos *incluidas en la acción* del programa, al margen de que, adicionalmente, deba informarse al espectador de la existencia del emplazamiento. En este caso, el requisito que impide incitar directamente a la compra se incumplirá cuando la presentación verbal o visual del producto vaya acompañada de un *mensaje adicional de estímulo* a su compra, esto es, de carácter *promocional*⁸¹.

⁷⁷ Vid. Cdo. 93 DSCA; en Alemania, el § 7.7 *RStV* prohíbe expresamente el “*Themenplatzierung*”.

⁷⁸ SAN 20-05-2013 (RJCA 2012/690), F.D. 5°.

⁷⁹ En el mismo sentido, N. IRAKULIS ARREGUI, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰ Cfr. art. 10.1., letra b) y art. 11.3, inciso 3°, letra b) de la Directiva 2010/13/UE.

⁸¹ C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, pág. 16. Vid. también en esta línea la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Asociación

C) Prominencia indebida

45. Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.3., inciso tercero, letra c) de la Directiva 2010/13/UE, los programas que contengan emplazamiento de producto “no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate”.

Este requisito responde a la necesidad de evitar que la presentación de un bien, servicio o marca en el contenido de un programa, con fines publicitarios y formando parte del argumento, pueda causar un efecto distorsionador semejante al que produciría un genuino anuncio publicitario (*spot*) irrumpiendo en el transcurso de la acción del programa.

Dar una prominencia indebida al producto o signo emplazado en el argumento, la acción o la trama del programa, en un caso extremo, equivaldría a “camuflar” como emplazamiento de producto un mensaje publicitario. Con ello se eludiría la aplicación de los límites *cuantitativos* de la publicidad televisiva, que son aplicables a los anuncios o mensajes publicitarios pero no al emplazamiento de producto⁸².

46. Un sector de la doctrina destaca el carácter complementario de este requisito con el contemplado en la letra a) del inciso tercero del art. 11 de la Directiva. En este sentido, se afirma que dar una *prominencia indebida* al producto emplazado es una manera injustificada de influir en el contenido del programa, que afecta a la *independencia editorial* del prestador del servicio⁸³. En esta misma línea, la regla 9.5 del *Ofcom Broadcasting Code* británico señala que la prominencia indebida puede resultar bien de la presencia del producto donde no haya justificación editorial, o bien de la manera en la que este aparece o es aludido en el programa⁸⁴.

La relación entre ambos requisitos (justificación editorial y ausencia de prominencia indebida) también fue destacada en su día por la Comisión Europea, al considerar su infracción un indicio de publicidad clandestina o encubierta⁸⁵.

47. La Directiva 2010/13/UE no define qué debe entenderse por “prominencia indebida” ni ofrece ningún dato que permita establecer de manera cierta el significado de esta expresión. En todo caso, los criterios derivados de las resoluciones judiciales y administrativas recaídas en esta materia permiten establecer que este requisito debe asociarse con una presencia del producto, servicio o marca que sea recurrente, injustificada, extemporánea o excesivamente destacada en su contexto⁸⁶. Así, se ha entendido que serían ilícitos aquellos emplazamientos en los que la aparición del producto “resulte innecesaria, repetida y no ocasional, es decir, aquellos emplazamientos no efectuados de manera responsable y discreta”⁸⁷.

48. La formulación general de este requisito, unida a la falta de criterios normativos concretos que lo desarrollen, dificulta su aplicación en la práctica y, por ende, provoca un elevado grado de incertidumbre entre los sujetos interesados (principalmente, los proveedores de servicios).

para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, de 15 de diciembre de 2005 [Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) vs Diageo España, S.A., (“VAT 69”)], en particular los fundamentos deontológicos 4 y 5.

⁸² Vid. arts. 19 y ss. DSCA; respecto a los límites cuantitativos, *cf.* art. 23.1 DSCA: “La proporción de anuncios de publicidad televisiva y de anuncios de televenta no excederá del 20 % por hora de reloj”. El apartado 2 de este artículo excluye la aplicación del ap. 1 al emplazamiento de producto.

⁸³ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, *op. ult. cit.*, p. 92; N. IRAKULIS ARREGUI, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁴ Esta *Rule 9.5* del *Ofcom Broadcasting Code*, que prohíbe dar una prominencia indebida a un producto, servicio o marca, se considera aplicable a *todas las referencias comerciales que aparezcan en el contenido de cualquier programa*, tanto si se incluyen solo por motivos editoriales como si resultan de un acuerdo con fines promocionales (como ocurre en el *product placement*).

⁸⁵ *Vid.* Comunicación interpretativa (2004/C 102/02), *cit.*, ap. 2.5, números 33 y 34.

⁸⁶ *Cf.* *supra*, apartado II.

⁸⁷ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, *op. ult. cit.*, p. 95 *if.* y 96. En los distintos ordenamientos europeos, a pesar de las diferencias en la normativa aplicable, se recurre a criterios similares para la interpretación de ese requisito; *vid.*, al respecto, A. DIONISI/ C. RAUCCIO/ J. PETTINACCI, *op. cit.*, pp. 10-13; 26, 27, 34 y 38. *Vid.* también la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, de 15 de diciembre de 2005 [Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) vs Diageo España, S.A., (“VAT 69”)].

En las legislaciones internas que remiten a la autorregulación para completar la regulación legal en materia de emplazamiento de producto, como la italiana o la británica, se ha utilizado esta vía para fijar criterios y definir ejemplos típicos que permitan anticipar en qué circunstancias se da (o no) una prominencia indebida a los bienes, servicios o marcas emplazados⁸⁸.

2. Deber de información al espectador

49. La prohibición general de la publicidad encubierta, como ya ha sido señalado, se hace efectiva, tradicionalmente, mediante la imposición del deber de “separación” entre la publicidad y los demás contenidos, así como mediante un deber de identificación o aviso al espectador de la presencia de publicidad.

Mientras el deber de separación está excluido en el emplazamiento, el deber de identificación, por el contrario, debe considerarse vigente, aunque su aplicación en este ámbito exige una adaptación a las características específicas de esta modalidad publicitaria de los medios establecidos para su cumplimiento⁸⁹. Ante la falta de separación, cobra una importancia decisiva el deber de identificación para que la presentación de los bienes o servicios en el contenido del programa no sea considerada un supuesto de publicidad encubierta. La CNMC, en su respuesta a las consultas formuladas por los operadores audiovisuales de 2014, ha resaltado la importancia de esta información para evitar confusiones al espectador que le induzcan a error sobre la naturaleza publicitaria de los emplazamientos de producto.

50. El artículo 11.3, inciso tercero, letra d) de la Directiva 2010/13/UE establece que se debe *informar al público de la existencia del emplazamiento de producto*, debiendo estar claramente identificado al principio y al final del programa, así como en su reanudación tras cada pausa publicitaria.

51. No precisa este artículo la forma en la que debe informarse al espectador, si bien el Considerando 90 especifica que la identificación podrá realizarse mediante un logotipo neutro. Por su parte, la CNMC considera que la información al espectador será adecuada siempre que consista en una sobreimpresión o transparencia claramente legible y con una duración mínima de cinco segundos en la que se indique “*este programa contiene emplazamiento publicitario*”. Asimismo, señala que los productos emplazados deben quedar enumerados al final del programa de forma claramente legible, bien diferenciados del resto de menciones y agradecimientos⁹⁰.

52. Como excepción, se admite que el requisito de identificación del emplazamiento de producto pueda ser excluido por los Estados miembros “*siempre que el programa de que se trate no haya sido ni producido ni encargado por el propio prestador del servicio de comunicación o una empresa filial de este último*”, posibilidad a la que se han acogido la mayoría de ellos⁹¹.

V. La proyectada revisión del régimen del emplazamiento de productos en la Propuesta de Directiva de 25 de mayo de 2016, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE

1. Justificación de la reforma

53. En mayo de 2016, la Comisión Europea hizo pública una propuesta, dirigida al Parlamento Europeo, para la modificación del vigente régimen audiovisual europeo. Se trata de la *Propuesta de*

⁸⁸ F. BASSAN, *op. cit.*, pp. 67 y 68; *Guidance on Section Nine of Broadcasting Code (2011)*, rule 9.5, párrafos 1.31 a 1.40.

⁸⁹ En el mismo sentido, *vid.*, entre otros, C. ANGELOPOULOS, “Product placement”, *cit.*, págs. 10, 11, 16 y 17; C. PINA / C. MESA, *op. cit.*, pp. 283 y 284; M. SÁNCHEZ RUIZ, *op. ult. cit.*, pp. 194-196.

⁹⁰ INF/D TSA/1356/14/CRITERIOS PUBLICIDAD, p. 13.

⁹¹ En España, *vid.* art. 17.2 LGCA; en Reino Unido, *vid.* *Communications Act 2003, Schedule 11 A*, apartado 8; en Alemania, *vid.* § 7 (6) 3 *RStV*. En Francia, en cambio, no se ha previsto esta salvedad (*vid.* *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986*, art. 14-1, apartado 4°).

*Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado*⁹² (en adelante, “la Propuesta”).

La Propuesta introduce cambios significativos en la redacción del artículo 11 de la Directiva 2010/13/UE, por lo que, de salir adelante en los términos actuales, alteraría de forma sustancial el régimen vigente sobre emplazamiento de producto, analizado en los apartados anteriores.

54. En la documentación que acompaña a la Propuesta, se ofrece una justificación de la reforma proyectada sobre esta materia, basada en dos argumentos.

El primero de ellos es “la evolución del mercado de la radiodifusión televisiva”, debido a la aparición de nuevos servicios, incluso sin publicidad, que aportan a los espectadores una mayor libertad de elección⁹³. Según se indica en el apartado 3 de la Exposición de Motivos, los cambios experimentados en el sector audiovisual (por ejemplo, el desarrollo alcanzado por las plataformas de distribución de vídeos) permiten introducir más *flexibilidad* en la regulación de las comunicaciones comerciales en general, y en el régimen del emplazamiento de producto en particular, sin que ello signifique una merma excesiva de la protección de los usuarios de los servicios audiovisuales por existir una mayor oferta de estos y, por ende, más alternativas para los usuarios.

55. La segunda razón aducida en la Propuesta como fundamento para los cambios que se proponen, referida específicamente a la figura aquí estudiada, es que el emplazamiento de productos puede generar aún importantes recursos adicionales para los prestadores de servicios de comunicación⁹⁴. Subyace la idea de que la regulación actual ha podido ser un obstáculo para que el desarrollo de esta modalidad de comunicación no haya respondido a las expectativas que se habían generado en el sector. Por este motivo, la propuesta asume que debería adaptarse el marco regulatorio actual para incrementar la *competitividad* de los prestadores de los prestadores de servicios audiovisuales⁹⁵.

Según la Exposición de Motivos, la propuesta presentada garantiza un equilibrio entre la competitividad y la protección de los consumidores⁹⁶. En materia de emplazamiento de productos, se parte de la idea de que, con la regulación actual, la balanza se inclinaba en exceso por la protección de los consumidores⁹⁷, por lo que propugna introducir modificaciones que favorezcan la competitividad de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

56. De la justificación expuesta cabe deducir, paradójicamente, que el único remedio que se sugiere a los usuarios de la “televisión tradicional” (los servicios de radiodifusión televisiva), frente al presumible incremento del uso del emplazamiento de producto que se persigue con la reforma proyectada, será dejar de demandar este tipo de servicios (a los que, mayoritariamente, tienen acceso de forma gratuita) y recurrir a esas otras alternativas que han incrementado la oferta a su alcance (servicios de vídeo bajo demanda y plataformas de distribución de vídeos generados por los usuarios).

Debe reconocerse, en todo caso, que la Propuesta extiende una parte de su regulación a estos “servicios de plataformas de distribución de vídeos”, en aspectos relacionados con la protección de los menores, o de los destinatarios en general, frente a contenidos que inciten al odio o la violencia contra ciertos colectivos⁹⁸.

⁹² Bruselas, 25.5.2016, COM (2016) 287 final; procedimiento 2016/0151 (COD). Puede consultarse en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-287-ES-F1-1.PDF>.

⁹³ *Vid.* el documento, ya citado, que acompaña a la propuesta de Directiva que analizamos, donde se evalúa el impacto de la Directiva de servicios audiovisuales (“Ex-post REFIT evaluation”, cit., pp. 32 a 36). Al respecto, *vid.* también ANA I. MENDOZA LOSANA, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

⁹⁴ *Vid.* Exposición de Motivos, ap. 3, pp. 11 y 12.

⁹⁵ “Ex-post REFIT evaluation”, cit., pp. 33 y 35; *vid.* también Anexo 7, pp. 212 y 213.

⁹⁶ Exposición de Motivos, ap. 5, p. 13.

⁹⁷ *Cfr.* Cdo. 15 de la Propuesta, donde se afirma que “la liberalización del emplazamiento de productos no ha aportado el esperado despegue de esta forma de comunicación audiovisual”.

⁹⁸ *Cfr.* artículos 6 bis, 12 y 28 bis de la Propuesta.

2. Regla general “permissiva”, exceptuada para programas determinados.

57. La Propuesta de la Comisión elimina la prohibición del emplazamiento de productos. Según el Considerando 15 de la Propuesta, la regulación actual (prohibición general, con algunas excepciones) no ha dado seguridad jurídica a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

En la nueva redacción del artículo 11.2 de la Directiva se suprime la prohibición y se reconoce la admisibilidad general del emplazamiento de producto en *todos los servicios de comunicación audiovisual*, excepto en los géneros de programas expresamente previstos. En concreto, el emplazamiento solo debe entenderse prohibido en los siguientes tipos de programas: de noticias y actualidad, de asuntos del consumidor, religiosos y con una importante audiencia infantil.

58. La supresión de la regla general prohibitiva merece una valoración positiva. Como ya se ha señalado⁹⁹, no resultaba necesaria ni, sobre todo, coherente con el conjunto de la regulación de la Directiva sobre las comunicaciones comerciales audiovisuales. El hecho de que no haya sido incorporada en la mayoría de las normas nacionales de transposición avalaría el acierto de esta opción regulatoria. Su ausencia ni siquiera ha sido un obstáculo para que muchas de estas regulaciones internas sean más restrictivas que la propia Directiva en relación con la materia aquí estudiada.

59. En cuanto a la selección de programas donde no se admite el emplazamiento de producto, se han escogido aquellos géneros o categorías necesitados de mayor protección, bien por abordar contenidos especialmente sensibles (programas religiosos), bien por sus destinatarios (programas con una importante audiencia infantil) o bien por implicar un mayor riesgo de incurrir en publicidad encubierta (programas de noticias y actualidad, así como programa de asuntos del consumidor).

Respecto a los programas de asuntos del consumidor, se destaca en el Considerando 16 de la Propuesta que suelen ofrecer asesoramiento a los espectadores, o incluir análisis sobre la compra de productos y servicios. Se añade que permitir el emplazamiento de productos en dichos programas desdibujaría la distinción entre publicidad y contenido editorial, ya que sus espectadores pueden esperar que en estos programas se realice un análisis genuino y leal de los productos o servicios. En cuanto a los programas de noticias y de actualidad, aún cabe esperar un mayor grado de objetividad y neutralidad, incompatible con la finalidad comercial del emplazamiento de productos. Ha de evitarse el riesgo de incurrir en “publicidad redaccional”, que es la manifestación más grave de publicidad oculta o disfrazada¹⁰⁰.

60. En el caso de los programas infantiles, se mantiene la prohibición vigente, si bien la Propuesta utiliza, no solo en el artículo 11 sino en el conjunto de su articulado, la expresión de programas “con una importante audiencia infantil”. El órgano que agrupa a los reguladores europeos del sector audiovisual (ERGA) ha emitido un informe sobre la Propuesta que se refiere a este cambio terminológico y señala que, aunque su intención es asegurar una mayor protección a los menores, resultaría difícil de implementar en la práctica¹⁰¹.

La Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo, en su informe sobre la Propuesta aprobado el 10 de mayo de 2017, propone una redacción distinta del artículo 11.2 de Propuesta de la Comisión, en la que se sustituye esta nueva expresión por la de “programas infantiles o contenidos dirigidos fundamentalmente a niños”¹⁰². Por su parte, el texto de la propuesta de la Comisión, en la versión

⁹⁹ *Vid. supra*, III, 1.

¹⁰⁰ Esta expresión procede de la doctrina italiana y se utiliza para aludir a la publicidad que, por no haberse deslindado perceptiblemente de un *contenido informativo/ periodístico*, no es percibida como tal. Sobre la “*pubblicità redazionale*”, *vid. F. UNNIA, op. cit.*, pp. 191-196; M. FUSI, *I contratti nuovi. Pubblicità commerciale [Trattato di Diritto privato]*, dirigido por M. BESSONE, vol. XV], 2ª ed., Giappichelli, Turín, 2007, pp. 103-106; A. STAZI, “I contratti di diffusione pubblicitaria non tabellare”, en GAMBINO, A. (Dir.), *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 27-45, pág. 33 a 35.

¹⁰¹ European Regulators Group for Audiovisual Media Services, “ERGA Opinion on AVMSD”, [ERGA (2016) 09], p. 7 (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/erga-opinion-avmsd-proposal>).

¹⁰² <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0192+0+DOC+XML+V0//ES> (Enmienda 65).

aprobada por el Consejo de la Unión Europea en su sesión de 24 de mayo de 2017 considera preferible mantener la terminología actual (programas infantiles)¹⁰³.

3. La reducción de los requisitos cualitativos: especial referencia a la “prominencia indebida”

61. El aspecto más llamativo de la Propuesta de la Comisión, en su versión inicial, es que implica un recorte drástico de los límites cualitativos al emplazamiento de producto previstos en el inciso 3º del artículo 11.3 de la Directiva 2010/13/UE.

62. La Comisión aboga en su Propuesta por la supresión del requisito actualmente recogido en la letra c), que exige *no dar prominencia indebida* a los productos emplazados. Tras poner de relieve las dificultades para su aplicación en la práctica, el Considerando 17 de la Propuesta señala que esta norma “limita el despegue del emplazamiento de productos que, por definición, implica cierto nivel de exposición prominente para poder general valor”.

La verdadera cuestión que el legislador europeo debería afrontar, en realidad, es la de concretar cuál es el “nivel de exposición prominente” admisible o tolerable. Es preciso desarrollar criterios concretos para lograr que esa ansiada “generación de valor” (y, por ende, la mejora de las herramientas de financiación del sector audiovisual europeo que traería consigo) sea conciliable con los demás intereses afectados. Entre estos, es obligado incluir el interés de los espectadores, que merecen cierto grado de protección ante una forma de publicidad que aparece integrada de forma ineludible en otros contenidos audiovisuales, que son los que ellos han elegido. Debe recordarse, además, que estamos ante una comunicación comercial a la que, junto al patrocinio, no le resultan aplicables los límites cuantitativos que restringen las comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas en sus restantes modalidades.

63. En cuanto al requisito actualmente previsto en la letra b), se mantiene la exigencia de *no incitar directamente a la compra* o arrendamiento de los bienes o servicios objeto de emplazamiento en un programa. Sin embargo, se elimina el último inciso, que impide hacerlo “*mediante referencias de promoción concretas* a dichos bienes y servicios”. Como se deduce de la propia redacción del precepto, el inciso suprimido en la Propuesta de la Comisión no hace sino concretar una forma posible (de hecho, la más frecuente) de incitar directamente a la compra de los productos o servicios emplazados.

Las referencias concretas realizadas a los productos o servicios presentados en el marco de la acción o el argumento del programa de que se trate constituirán una “incitación directa a la compra” solo si son referencias *promocionales*. Y habrán de considerarse como promocionales las referencias “dirigidas a promover la contratación” de los bienes emplazados¹⁰⁴. Estamos, pues, ante dos caras de la misma moneda, por lo que la supresión del inciso señalado no hace sino dificultar la interpretación de lo que deba entenderse por “no incitar directamente a la compra”.

64. Señala el Considerando 17 de la Propuesta que los requisitos relativos a los programas que contengan emplazamiento deberán concentrarse “en informar claramente a los espectadores de la existencia de dicho emplazamiento y en garantizar que no se vea afectada la independencia editorial del prestador de servicios de comunicación audiovisual”.

La única fundamentación ofrecida para suprimir el requisito de la “prominencia indebida” es que resulta difícil de aplicar. No se ha valorado, en cambio, las esenciales conexiones existentes entre los tres principios actualmente previstos en las letras a) a c) del inciso 3º del art. 11.3 de la Directiva, que han de ser interpretados de manera conjunta al ser aplicados a un caso concreto.

La realización de referencias concretas “promocionales” a los bienes o servicios objeto de emplazamiento en un programa (laudatorias y de estímulo a su compra), así como la prominencia excesiva o reiterada de estos en la acción o argumento del mismo, son claros indicios que demuestran una falta de

¹⁰³ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9691_2017_INIT&from=EN

¹⁰⁴ El artículo 2 LGP define la publicidad comercial como “toda forma de comunicación realizada [...] con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

justificación editorial y, por ende, la afectación de la independencia del proveedor de servicios responsable del programa en cuestión. La acreditación de un incumplimiento del requisito de la “independencia editorial” del prestador de servicios se convertiría en una tarea muy ardua si no pudiera acudir a los otros dos, debido a su eliminación como “requisitos independientes”¹⁰⁵.

65. A la vista de lo anteriormente expuesto, es obligado resaltar que, en las fases sucesivas del procedimiento de tramitación de la propuesta, se han propuesto enmiendas o redacciones alternativas al texto de la Propuesta de la Comisión para el artículo 11 de la Directiva 2010/13/UE en las que se reduce sustancialmente el alcance de los cambios introducidos. Así, la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo propone reintroducir el requisito de la “prominencia indebida” (enmienda 65). El Consejo de la Unión Europea, por su parte, en el texto aprobado en la sesión de 24 de mayo de 2017, opta por mantener inalterado, salvo leves mejoras de redacción, el contenido actual de las letras a) a d) del artículo 11.3, inciso tercero, de la Directiva 2010/13/UE.

4. La ausencia de cualquier alusión al suministro gratuito de productos o servicios “con miras a su inclusión en un programa”

66. Es preciso apuntar, finalmente, un último cambio incorporado en la Propuesta de la Comisión: la desaparición (tanto en el texto del artículo 11 como en cualquiera de los Considerandos de la Directiva) de toda referencia al suministro *gratuito* de bienes o servicios, como ayudas a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa.

67. Ante las muchas incógnitas y discrepancias existentes en las legislaciones internas respecto a este tema, el legislador europeo parece haber entendido que lo más prudente es no intervenir. En relación con este aspecto, ni la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo ni el Consejo de la Unión Europea han propuesto cambios en el texto inicial de la Propuesta de la Comisión, al menos en el estado actual del procedimiento de tramitación de la misma. De mantenerse esta situación, el nuevo régimen armonizado solo alcanzará al emplazamiento de producto que se realice “a cambio de una remuneración o contraprestación similar”, de acuerdo con la definición prevista en el artículo 1, letra m) de la Directiva 2010/13/UE.

68. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que la Propuesta de Directiva (artículo 4) mantiene la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios de comunicación bajo su competencia judicial el cumplimiento de normas más estrictas o pormenorizadas, entre otras materias, en relación con el emplazamiento de producto, siempre que dichas normas sean conformes al Derecho de la Unión.

V. Conclusiones

69. La determinación de los límites dentro de los cuales debería considerarse admisible la presentación visual o verbal, con fines comerciales, de bienes o servicios, identificados mediante signos distintivos e integrados en programas audiovisuales de contenido no publicitario, es una cuestión compleja y casuística. La experiencia en la aplicación de los criterios fijados por la Directiva 2010/13/UE invita a propugnar una revisión de la regulación europea sobre emplazamiento de producto que garantice mayor grado de seguridad jurídica a los proveedores de servicios audiovisuales que deseen utilizar esta modalidad de comunicación comercial.

70. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, publicada por la Comisión Europea en mayo de 2016, adoptada por el Parlamen-

¹⁰⁵ En la misma línea, *vid.* la postura expresada por el Grupo de los reguladores europeos de servicios audiovisuales en su informe sobre la Propuesta (“ERGA Opinion on AVMSD”, *cit.*, p. 8).

to Europeo en primera lectura y actualmente en tramitación por el procedimiento legislativo ordinario, pretende mejorar la competitividad de los prestadores de estos servicios mediante una regulación de las comunicaciones comerciales más flexible. En lo que concierne a la materia abordada por este trabajo, sin embargo, no parece que la citada Propuesta, de acuerdo con el texto elaborado por la Comisión Europea, pueda alcanzar el objetivo deseado de aumentar la seguridad jurídica para favorecer una mayor utilización del emplazamiento de producto en el mercado audiovisual europeo.

71. La supresión del requisito cualitativo que impone no dar una *prominencia indebida* a los productos o servicios objeto de emplazamiento en un programa, en particular, previsiblemente produciría un efecto contrario al que se quiere conseguir. Un factor esencial para poder establecer los límites de licitud del emplazamiento de producto en un caso concreto, que no parece haber tenido en cuenta la Comisión en su Propuesta, es la necesidad de interpretar y aplicar de forma conjunta los requisitos *cualitativos* establecidos en la legislación actual, dada la inescindible relación existente entre los mismos. La eliminación de uno de ellos, ignorando la influencia que ello tendría en la interpretación de los restantes, no parece que pueda contribuir a clarificar las incertidumbres detectadas en la práctica ni, por ende, a configurar un escenario legislativo más seguro y previsible.

72. La clave para el deslinde con la publicidad encubierta habrá de ser, en principio, el deber de informar al espectador de la existencia del emplazamiento de producto. No cabe pensar, sin embargo, que todo emplazamiento de producto deba considerarse lícito, *cualquiera que sea el modo en que se realice la integración de los bienes o servicios en el contenido del servicio audiovisual de que se trate*, solo porque se avise al espectador.

73. Para solventar los problemas actuales, no es la solución eliminar o reducir los *requisitos cualitativos* del emplazamiento de producto, sino especificar algunas pautas más concretas para su interpretación y aplicación. La previsión expresa en la Directiva de una remisión a la autorregulación en esta materia quizás también podría ser de utilidad para el logro de ese fin. Aún habría tiempo para que la reforma legislativa en curso pudiera reorientarse en esta dirección. Ello sería más acorde, en mi opinión, con el objetivo señalado de lograr un adecuado equilibrio entre los diversos intereses implicados en esta cuestión.

LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA*

LIMITS ON PRIVATE AUTONOMY IN THE FRAMEWORK OF THE CONTRACT FOR CARRIAGE OF GOODS BY ROAD

STELLA SOLERNOU SANZ
Profesora de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto
orcid ID: 0000-0002-7205-1240

Recibido: 07.07.2017 / Aceptado: 30.08.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3885>

Resumen: El trabajo plantea cómo los diversos niveles de regulación por parte del Estado pueden afectar a la autonomía privada como eje de las relaciones entre los particulares, y más concretamente en el marco del contrato de transporte de mercancías por carretera. Cuando la regulación implique una restricción material de las libertades económicas, sólo será admisible si se halla debidamente justificada por una razón de interés general y respeta el principio de proporcionalidad, en tanto que principio informador del Derecho comunitario.

Palabras clave: autonomía privada, libertad contractual, libertad de empresa, regulación, intervención, principio de proporcionalidad, principios de Derecho comunitario, obligación de contratar, contrato de transporte.

Abstract: This paper analyzes how the different levels of regulation may limit private autonomy, more specifically within the framework of the contract for carriage of goods by road. Whenever regulation implies an economic intervention restricting economic freedoms, it will be only acceptable if it is necessary, meets objectives of general interest and respects the principle of proportionality, provided it is one of the general principles of EU Law.

Keywords: private autonomy, contractual freedom, business freedom, regulation, economic intervention, principle of proportionality, principles of EU law, legal duty to contract, contract of carriage.

Sumario: El reconocimiento de la autonomía privada y de la libertad contractual por el ordenamiento jurídico. II. El contenido de la libertad contractual y los niveles de la acción regulatoria del Estado. III. La restricción de la libertad contractual en la legislación de transporte de mercancías por carretera. 1. Las restricciones que afectan a la libre decisión de celebrar el contrato: la obligación de prestación del servicio de transporte. A) El concepto de la obligación de contratar. B) Los fundamentos de la obligación del contratar en el Derecho comparado del transporte. C) La obligación de contratar en el Derecho español del transporte de mercancías por carretera. 2. Las restricciones que afectan a la libertad para elegir a la otra parte contratante. El caso de los Centros de contratación de cargas del País Vasco. 3. Las restricciones que afectan al contenido y al tipo contractual. A) La fijación del precio por la Administración de transporte. B) La imperatividad del régimen jurídico de la responsabilidad del porteador. C) La imposición del tipo contractual a los intermediarios del transporte. IV. Conclusiones.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Limiting the limits on contractual party autonomy» (ref. ACM2016_17), financiado por el consorcio Aristos Campus Mundus, 2016-2017.

I. El reconocimiento de la autonomía privada y de la libertad contractual por el ordenamiento jurídico

1. La autonomía privada es manifestación del principio de autodeterminación en la creación de las relaciones jurídicas de los individuos¹. Se identifica con la esfera jurídico-privada que queda fuera del alcance de la intervención estatal y del control público. Su reconocimiento por el ordenamiento implica la atribución al sujeto privado de la facultad para autorregularse (poder normativo) del modo más acorde a sus intereses².

2. Si bien históricamente ya se puede hablar de autonomía privada y libertad contractual en el Antiguo Régimen, su papel político-social no podía tener la relevancia que posteriormente alcanzaría en la sociedad liberal. El verdadero impulso de la libertad contractual se encuentra en los principios ideológicos de la Revolución francesa, cuya sociedad resultante la doctrina alemana denominó «Sociedad de Derecho Privado» (*Privatrechtsgesellschaft*)³, y cuya premisa esencial es la existencia de sujetos iguales y libres⁴. La organización de esta sociedad, cuya máxima es la libertad personal, se asienta principalmente sobre los actos espontáneos de los individuos, a través del negocio jurídico, y no sobre la acción previamente planificada del Estado⁵. Éste debía limitarse a respetar, y en su caso completar, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, como manifestación concreta de aquélla. El ordenamiento jurídico, expresión de la acción de Estado, en relación con la autonomía privada y el negocio jurídico, tenía como función reforzar y aportar mayor seguridad a la relación jurídica, sirviéndose para ello del establecimiento de consecuencias apropiadas sobre la eficacia del contrato⁶ (regulación constitutiva). Estas ideas vendrán reflejadas, con carácter general, en los Códigos decimonónicos europeos y, en particular, en el artículo 1255 del Código civil español⁷. De este modo, la autonomía privada pasa a ser reconocida por el ordenamiento jurídico como presupuesto y causa originaria de las relaciones jurídicas⁸.

3. Pero el protagonismo de la libertad contractual y la expansión del Derecho Privado hunden también sus raíces en la doctrina de la Economía clásica⁹. Conforme a ésta, el incremento del bienestar y de la riqueza sólo puede darse en una economía de mercado donde la competencia asuma un papel preponderante, para cuyo establecimiento resulta imprescindible el ejercicio de la autonomía privada¹⁰. Desde esta perspectiva, la autonomía privada es observada no tanto como expresión de la libertad individual cuanto como un instrumento para el desarrollo económico.

4. La irrealidad del funcionamiento autónomo del sistema característico del liberalismo jurídico y económico se deja notar a lo largo del siglo XX. Procesos de grandes concentraciones empresariales crean situaciones de poder económico que restringen la competencia, mermando la libre iniciativa económica y la libertad contractual¹¹. Estos fallos provocan una necesidad de la acción del Estado. Se pro-

¹ W. FLUME, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960, B. I., págs. 136, 141, 145 y 146-147; ID., *El negocio jurídico*, (trad. J. M^a MIQUEL/E. GÓMEZ CALLE), Madrid, 1998, págs. 23 y 29-30.

² A. PAVONE LA ROSA, “Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale”, *Estudios homenaje a Garrigues*, Madrid, 1971, T. III, pág. 23; L. FERRI, *La autonomía privada*, Granada, 2001, pág. 9.

³ F. BÖHM, “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft”, *Ordo XVII* (1966), págs. 75 ss.

⁴ W. ZÖLLNER, “Die politische Rolle des Privatrechts”, *JuS*, 1988, pág. 330.

⁵ F. BÖHM, “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft”, *Ordo XVII* (1966), pág. 86; T. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft*, München, 1991, 5. Auf., pág. 83.

⁶ E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, 2000, págs. 42-43.

⁷ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 14.

⁸ E. BETTI, *cit.*, pág. 46.

⁹ W. ZÖLLNER, *cit.*, pág. 330. En el mismo sentido, L. A. SULLIVAN/W. FIKENTSCHER, “On the Growth of the Antitrust Idea”, in W. FIKENTSCHER, *Freiheit als Aufgabe*, Tübingen, 1997, pág. 98.

¹⁰ Vid. L. RAISER, “Kontrahierungszwang im Monopolrecht”, *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Karlsruhe, 1961, págs. 524 y 538; ID., “Vertragsfreiheit heute”, *JZ* 58, págs. 1 ss; P. BADURA, “Mitbestimmung und Gesellschaftsrecht Gesellschaftsrecht – Verfassungsrechtliches Korollarium zur Rolle des Privatrechts in der Rechtsordnung”, *Fs. Rittner zum 70. Geburtstag*, München, 1991, pág. 2.

¹¹ J. M^a GONDRA, *Derecho Mercantil. Introducción*, Madrid, 1992, págs. 77-78.

duce, así, un avance del Derecho Público y de la intervención administrativa en detrimento del Derecho Privado y del principio de autonomía privada¹².

5. La tensión entre la autonomía privada y la libertad contractual, por un lado, y la intervención estatal, por otro, no se halla resuelta a favor de una u otra en el Código civil español; no existe una norma o principio que establezca como regla general la «dispositividad» o la «imperatividad» de las leyes¹³. La resolución de este enfrentamiento se ve condicionada por el reconocimiento de la autonomía privada y la libertad contractual en los textos constitucionales, en tanto que parte del contenido de determinados derechos fundamentales: el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de empresa¹⁴.

6. Por lo que se refiere a la Constitución española, ésta no contempla expresamente un derecho subjetivo a la libertad contractual, pero su reconocimiento se entiende implícito en el artículo 10 al establecer el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. Ciertamente, resulta difícilmente comprensible un completo desarrollo de la personalidad sin la existencia y garantía de dicho instituto¹⁵.

7. Por otro lado, la libertad contractual se halla igualmente comprendida en la libertad de empresa (art. 38 CE y art. 16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Una vez el empresario ha accedido a un determinado sector económico, aquél no puede desarrollar su actividad sin los institutos básicos del Derecho Privado: el contrato, la libertad contractual, la autonomía privada, la propiedad privada y la libre disposición de los bienes¹⁶. La protección constitucional de la libertad de empresa exige una libertad contractual garantizada por el ordenamiento jurídico¹⁷. Consecuentemente, la restricción de la libertad contractual supondrá una restricción de la libertad de iniciativa económica¹⁸.

¹² F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 16-17; W. ZÖLLNER, cit., pág. 331.

¹³ L. Díez-PICAZO, “Art. 1255” en C. PAZ-ARES/L. Díez-PICAZO/R. BERCOVITZ/P. SALVADOR CORDECH, *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1991, pág. 431.

¹⁴ Cfr. P. J. TETTINGER, “Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, *AöR* 108 (1987), págs. 129-133; G. OPPO, “L’iniziativa economica”, *Riv. dir. civ.*, 1988-3, págs. 322-323; C. PAZ-ARES/J. ALFARO, “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en honor al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, págs. 5971-5972 y 5981-5994.

¹⁵ Con carácter general, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 18. Concretamente en relación con el art. 10 de la Constitución española, M. ARAGÓN, “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las circulares del Banco de España”, *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, págs. 39-40; J. ALFARO, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, vol. XLVI-I (1993), pág. 62. En relación con el correlativo precepto de la vigente Constitución alemana (§ 2 I), L. RAISER, “Vertragsfreiheit heute”, *JZ* 58, págs. 4-6 (esp. nota 23, con más referencias y doctrina en contra); W. FLUME, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, cit., págs. 136-141; Id., *El negocio jurídico*, cit., págs. 43-44; F. RITTNER, *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg-Karlsruhe, 1979, págs. 32-33; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, pág. 59; K. LARENZ/M. WOLFF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, §34 22; W. ZÖLLNER, cit., pág. 336; J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 1999, pág. 55; P. J. TETTINGER, “Das Grundrecht”, cit., págs. 130-131; F. OSSENBUHL, “Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz”, *AöR*, 115 (1990), pág. 25; H. BAUMBACH/W. HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, München, 2001, Allg. 49. La Ley Fundamental de Bonn omite cualquier alusión expresa a la libertad contractual, al igual que la Constitución española y en contraste con la Constitución de Weimar (su art. 152 la reconocía expresamente como un derecho fundamental del ciudadano, vid. H. C. NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, Jena, 1920, pág. 8). Tampoco la Constitución italiana contempla expresamente la libertad contractual, e igualmente la doctrina enmarca su tutela en el art. 2, que reconoce y garantiza el derecho al desarrollo de la personalidad, vid. A. PAVONE LA ROSA, cit., págs. 23-24.

¹⁶ L. RAISER, “Vertragsfreiheit”, cit., pág. 5; K. M. MEESSEN, *Wirtschaftsrecht im Wettbewerb der Systeme*, Tübingen, 2005, pág. 32; J. M^a GONDRA, *Derecho Mercantil*, cit., págs. 76 y 83; A. PAVONE LA ROSA, cit., pág. 24; G.B. FERRI, “Il negozio giuridico e la disciplina del mercato”, *Riv. Dir. Comm.*, 1991-I, pág. 713; M. LIBERTINI, “Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano”, *Riv. Dir. Comm.*, 7-8/9-10(2002), pág. 433.

¹⁷ C. W. CANARIS, “Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft”, en *FS Peter Lerche*, München, 1993, pág. 873; J. BUSCHE, cit., págs. 55-56.

¹⁸ F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, 1933, pág. 124; K. H. BIEDENKOPF, *Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung*, Heidelberg, 1958, págs. 174-175; F. OSSENBUHL, cit., pág. 25; A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Padova, 1915, pág. LXII; Id., “Sulla natura contrattuale dei trasporti nel campo dei pubblici servizi monopolistici”, *Riv. Dir. Comm.*, 1919-I, pág. 574; G. GUGLIEMETTI, *Limiti negoziali de la concorrenza*, Padova, 1961, pág. 117; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, Milano, 1992, págs. 87-88; C. FERNÁNDEZ-NOVOA, “Re-

8. El reconocimiento expreso de las libertades económicas consagra este derecho fundamental como pilar de una Constitución económica, estatal y comunitaria¹⁹. El Estado está obligado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, atendiendo al principio de proporcionalidad²⁰. La cuestión está en determinar en qué casos el ordenamiento jurídico realmente establece restricciones de la libertad contractual y, consecuentemente, a la libertad de empresa, pues no toda regulación del Estado supone necesariamente restricción. Una vez aclarados los casos que sí implican limitación o restricción, habrá que analizar si la misma está debidamente justificada.

II. El contenido de la libertad contractual y los niveles de la acción regulatoria del Estado

9. Atendiendo a su incidencia sobre la autonomía privada y la libertad contractual, se pueden distinguir dos niveles de acción regulatoria del Estado. Uno afecta a la disciplina jurídica general de la autonomía privada y del negocio jurídico, sin que implique restricción o limitación material de los mismos. El otro atiende a la posible imposición de un negocio jurídico, así como a su contenido, mediante la aprobación de normas imperativas; en este último caso sí se pueden producir efectos restrictivos sobre la libertad contractual²¹.

10. Por lo que se refiere a la disciplina del negocio jurídico, la acción estatal se refleja en el reconocimiento expreso de la autonomía privada (art. 1255 CC) y en el establecimiento de efectos jurídicos que garanticen la fuerza vinculante del negocio (art. 1091 CC). A priori, la imposición forzosa de la ley (su obligatoriedad) y la autonomía privada son incompatibles. Sin embargo, mediante esta recepción de la autonomía privada en el ordenamiento, la regulación de los intereses particulares voluntariamente establecida por los sujetos privados mediante el negocio jurídico se eleva a precepto jurídico²². El reconocimiento de la autonomía privada por el ordenamiento jurídico se convierte, así, en un instrumento a disposición de los sujetos privados necesario para el desarrollo y eficacia del negocio jurídico, sin que afecte a la naturaleza del mismo²³. El Derecho, necesariamente, debe disciplinar este acto de la autonomía privada para su propia eficacia y, por ende, para el ejercicio de las libertades económicas²⁴.

11. Así, la competencia normativa del ordenamiento concurre con la competencia dispositiva de los sujetos privados²⁵. No la contradice, sino que la complementa. Por tanto, no hay restricción de la

flexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, *RDM* 95, (1965), pág. 27; J. TORNOS MAS, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia, 1982, págs. 27 y 151 (nota 9); A. CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 314 y 350; M. ARAGÓN, “Constitución económica y libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, págs. 170-171; M. ARAGÓN / H. LOSADA GONZÁLEZ, “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014(108), pág. 27.

¹⁹ A pesar de ello, se ha destacado que, en el marco comunitario y siquiera de manera ocasional, la autonomía privada ha perdido protagonismo por temor a que el principio de efectividad del Derecho comunitario se viera lesionado. Vid. D. LECHYKIEWICZ/S. WEATHERILL, “Private Law Relationships and EU Law”, in *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

²⁰ P. J. TETTINGER, «Das Grundrecht», *cit.*, pág. 93; ID. «Wettbewerb in der freien Berufen – berufsgrundrechtliche Aspekte», *NJW* 6 (1987), pág. 297; C. PAZ-ARES/J. ALFARO, *cit.*, pág. 5973. Sobre la aplicación del principio proporcionalidad en el marco del ordenamiento comunitario y, más concretamente, de los Derechos fundamentales de la UE, vid. J. KOKOTT/C. SOBotta, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon”, *Academy of European Law* 2010/6, pág. 11; ID., “The Evolution of the Principle of Proportionality in EU Law—Towards an Anticipative Understanding?” en *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, Oxford, 2017, págs. 167 ss.; C. CAUFFMAN, “The principle of proportionality and European Contract Law”, *Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI)*, Working Paper No. 2013-05, págs. 12 y 24.

²¹ Los dos tipos de acción regulatoria son destacados por E. BETTI, *cit.*, págs. 82-93. Si bien este autor, en el segundo tipo se limita a las medidas relativas al contenido mismo del negocio, pero la libertad contractual tiene un significado más amplio.

²² El acto resultante de la autonomía privada, el negocio jurídico, no puede ser materialmente calificado por sí solo como Derecho o Legislación. Vid. W. FLUME, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, *cit.*, págs. 141-142; ID., *El negocio jurídico*, *cit.*, págs. 28-29.

²³ En este sentido, E. BETTI, *cit.*, págs. 82-83 " y 114; F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, *cit.*, pág. 17.

²⁴ C. PAZ-ARES/J. ALFARO, *cit.*, pág. 5995.

²⁵ E. BETTI, *cit.*, pág. 84.

libertad contractual²⁶. No estamos ante una intervención del Estado en la esfera jurídico-privada. Se trata de una regulación constitutiva: normas que aun implicando limitaciones legales de las posibilidades de actuación del ser humano (prohibiciones o imposiciones), son consideradas indispensables para el desarrollo del ser humano en sociedad²⁷.

12. El segundo nivel de la acción regulatoria es mucho más amplio. Atiende al resto de elementos que envuelven el negocio jurídico que sí son objeto de la libertad contractual, es decir, aquellos aspectos a los que alcanza la competencia dispositiva de los particulares. La doctrina alemana, especialmente preocupada por su ámbito y sus límites, ha analizado el significado de dicha libertad contractual. Implica, en primer lugar y como primer paso para su ejercicio, la libertad para decidir si se quiere o no celebrar un determinado contrato (*Abschlussfreiheit*); la libertad para elegir a la otra parte contratante (*Partnerfreiheit*); la libertad para determinar y modificar el contenido y el tipo contractual (*Inhaltsfreiheit - Typenfreiheit*); la libertad de forma (*Formfreiheit*); y, finalmente, la libertad para rescindir el contrato (*Aufhebungsfreiheit*)²⁸. Cada vez que el ordenamiento jurídico regula de manera imperativa alguno de estos cinco aspectos que constituyen el contenido de la libertad contractual, ésta se ve limitada. Por regla general, ello implica una restricción de la libertad de empresa; pero no siempre es así. La imposición de algunos contenidos del contrato (ej. el régimen jurídico de la responsabilidad) y la prohibición de otros (ej. acuerdos colusorios) no supone la renuncia de parte de la libertad de iniciativa económica a favor de otro bien jurídico digno de la tutela del ordenamiento jurídico. No se puede hablar de lesión de la libertad cuando el fin último que se busca con la intromisión del Estado en la esfera jurídico-privada es precisamente la protección misma de las libertades. Ello se consigue, mediatamente, a través de la limitación de la autonomía de la voluntad.

III. La restricción de la libertad contractual en la legislación de transporte terrestre de mercancías por carretera

1. Las restricciones que afectan a la libre decisión de celebrar el contrato: la obligación de prestación del servicio de transporte

A) El concepto de la obligación de contratar

13. La obligación de contratar es el deber impuesto por una norma jurídica a un sujeto consistente en concluir un contrato, de contenido determinado o a determinar por alguien imparcial, en interés de un tercero beneficiario, con independencia de que concurra o no su voluntad de vincularse²⁹.

14. La obligación de contratar limita la libertad contractual³⁰. Supone la anulación o derogación de uno de los elementos esenciales de autodeterminación de la persona: la declaración de voluntad libre-

²⁶ En este sentido, W. FLUME, "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", *cit.*, pág. 137.

²⁷ J. BASEDOW, "Economic Regulation in Market Economies", in *Economic Regulation and Competition. Regulation of Services in the EU, Germany and Japan*, The Hague/London/New York, 2002, pág. 4; W. MÖSCHEL, "Regulierung und Deregulierung Versuch einer theoretischen Grundlegung", *Festschrift Immenga zum 70. Geburtstag*, München, 2004, págs. 277-278; también denominada "Regulación civil e institucional", vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, 2001, págs. 136-138.

²⁸ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, págs. 4-5 y 13; F. RITTNER, *Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung*, Düsseldorf, 1957, pág. 11; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, Tübingen, 1987, pág. 191; H. DILCHER, "Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen", *NJW* 1960, pág. 1040; no obstante, este autor diferencia entre la libertad para elegir el tipo contractual de la libertad para determinar el contenido del contrato. Cfr. L. Díez-PICAZO, "Art. 1255", *cit.*, pág. 431, donde se destaca la posibilidad de que normas imperativas, sin prohibir el tipo contractual como conjunto (contratos permitidos), prohíban todas las partes que le doten de un determinado contenido.

²⁹ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, págs. 7-31, esp. 7, 15. Sobre la dificultad para encontrar una figura equivalente en el Derecho comparado, vid. L. RAISER, "Kontrahierungszwang im Monopolrecht", *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Karlsruhe, 1961, págs. 523 y 537, quien considera que la «Kontrahierungszwang» no llega a identificarse con los «contrats imposés» o «contratos forzosos».

³⁰ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, pág. 8.

mente emitida³¹. No es una mera restricción de la libertad contractual, sino la intromisión más intensa en esta libertad e incluso su propia negación³². Cuando la obligación de contratar se produce en el ámbito de una actividad económica de titularidad privada, en la que el sujeto de derecho sometido a la obligación es un empresario, hay una restricción de la libertad de empresa³³.

15. La obligación de contratar implica también la imposibilidad de negociar el contenido del contrato. Éste vendrá impuesto legalmente, o bien será determinado por un tercero imparcial (limitación de la *Inhaltsfreiheit*). Carece de sentido obligar a concluir un contrato dejando su contenido al poder de decisión o a la capacidad negociadora del sujeto obligado, pues fácilmente podría frustrar el fin de esta obligación estableciendo las cláusulas del negocio a su gusto³⁴. Por último, al no poder rechazar la prestación del transporte solicitada por el usuario, el transportista ve afectada su libertad para elegir a la otra parte contratante (limitación de la *Partnerfreiheit*)³⁵.

16. En cualquier caso, no se trata de un instrumento jurídico construido y utilizado de manera uniforme³⁶. La amplia definición de la *Kontrahierungszwang* dada por NIPPERDEY no considera sus posibles causas, sino que se limita a la técnica en sí misma. Pero desde la perspectiva de la libertad de empresa es necesario atender a la causa material que fundamenta la obligación de contratar, pues sólo se hallará justificada si la causa se identifica con la protección de un interés general³⁷, y su contenido supera el juicio de proporcionalidad (art. 3.3.I Tratado de la Unión Europea en relación con el art. 52.1 Carta Europea de Derechos Fundamentales)³⁸.

B) Los fundamentos de la obligación de contratar en el Derecho comparado del transporte

17. En el Derecho anglosajón, el «*common carrier*» forma parte de los denominados «*common callings*» o «*public callings*», empresarios que se caracterizan y distinguen por la naturaleza y el significado económico-social del servicio que prestan³⁹. El servicio de transporte del *common carrier* debe ser accesible para el público en general. Sobre él recae la obligación *ex lege* de prestar el servicio en condiciones razonables. Si el *common carrier* se niega a realizar el transporte solicitado por un potencial cargador, éste puede entablar una acción judicial de reclamación extracontractual por daños (*action in tort*). Por ello se dice que la relación jurídica entre el *common carrier* y el demandante del servicio no

³¹ W. KILIAN, “Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem”, *AcP* 180(1980), pág. 50. Es importante destacar que se trata de la anulación de la «declaración de voluntad libremente emitida» y no de la mera «declaración de voluntad», pues el concurso de ésta es igualmente necesario para el nacimiento de la relación jurídica entre el sujeto obligado legalmente y el sujeto demandante de la prestación; en este sentido, A. ASQUINI, “Sulla natura contrattuale”, *cit.*, págs. 561, 566-567, 570-572.

³² E. J. MESTMÄCKER, “Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge”, *JZ*, 1964, pág. 443; F. BYDLINSKI, “Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges”, *AcP*, 180(1980), pág. 4; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, Paris, 1964, págs. 80-81.

³³ M. LIBERTINI, “L’imprenditore e gli obblighi di contrarre”, en GALGANO, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico delle Economie*, Vol. IV, Padova, 1981, pág. 273.

³⁴ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, pág. 31; L. RAISER, “Vertragsfreiheit”, *cit.*, pág. 8; W. KILIAN, *cit.*, pág. 77; F. BYDLINSKI, “Zu den dogmatischen Grundfragen”, *cit.*, pág. 5. En la misma línea, W. FIKENTSCHER, “Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen”, *WuW*, 5(1958), pág. 258; K. LARENZ, *Lehrbuch*, *cit.*, pág. 42.

³⁵ F. RITTNER, *Die Ausschließlichkeitsbindungen, in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung*, Düsseldorf, 1957, pág. 11; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, pág. 191.

³⁶ L. RAISER los clasifica en tres grupos: (a) normas jurídicas que establezcan sanciones penales ante la negativa a contratar; (b) normas administrativas que prohíban y sancionen a empresas en posición dominante por su negativa a contratar (abuso de posición dominante); (c) protección jurídico-civil otorgada al perjudicado de una negativa a contratar, “Kontrahierungszwang”, *cit.*, págs. 534-535 y 548-549.

³⁷ H. C. NIPPERDEY utilizará la expresión «interés social», refiriéndose siempre a la «libertad contractual», *cit.*, pág. 8. En la misma línea, W. FLUME, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, *cit.*, pág. 136.

³⁸ En este sentido, G. GUGLIELMETTI, *cit.*, pág. 117; C. PAZ-ARES, C./J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en honor al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, págs. 5971 ss, *passim*.

³⁹ Vid. D. GLASS/C. CASHMORE, *Introduction to the Law of Carriage of Goods*, London, 1989, 1.23-25; L. RAISER, “Freizeichnung und Kontrahierungszwang in anglo-amerikanischen Landfrachtrecht”, *RebelsZ* 1934, págs. 27-30; A. EMPARANZA, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, 2003, págs. 126-130.

es de naturaleza contractual, sino que nace del derecho de daños⁴⁰. La institución jurídica del *common carrier* ha ido reduciendo su ámbito objetivo, entre otras razones, por el reconocimiento de la libertad de empresa.

18. En Francia, se discutía sobre la obligación de contratar en el sector del transporte en relación con las consecuencias jurídicas de la negativa del transportista a prestar el servicio. Un sector de la doctrina admitía la imposición de la celebración del contrato por la posición jurídica en la que se hallan los empresarios obligados a asegurar un servicio público (concesionarios), y la consecuente prohibición general de discriminación de los usuarios que de aquella se deriva⁴¹. Otros, sin mayores argumentos, fundamentaban la obligación de contratar expresamente en el cumplimiento de las reglas del derecho común relativas a la formación de los contratos y a la ejecución de las obligaciones que nacen del contrato, con independencia de la posición jurídica del transportista⁴².

19. En Italia, en un principio, la obligación de contratar adquirió relevancia en relación con el transporte (especialmente, el transporte por ferrocarril), no tanto por la actividad económica en sí mismo, cuanto por la posición monopolística de las empresas que prestaban el servicio público⁴³. La ausencia de competencia precisaba un tipo de obligación que remediara la falta de libertad de elección por parte del usuario; de lo contrario, el transportista impondría sus condiciones en una situación de desigualdad propicia para el abuso. Es importante destacar que, sin embargo, existía el convencimiento de que la obligación legal de contratar no estaba justificada en los supuestos de monopolio de hecho (todavía menos en los casos de oligopolio), ante la posibilidad de un cambio de la situación del mercado en cualquier momento⁴⁴. Esta apreciación era errónea. Ciertamente la posibilidad de un cambio de un mercado del transporte terrestre de mercancías monopolístico u oligopolístico de hecho a un mercado de transporte más competitivo existe, pero esta circunstancia no elimina la situación de desigualdad (aunque pudiera ser momentánea) entre el empresario de transporte y el usuario. Con la obligación de contratar se pretende mitigar los posibles efectos perversos de este desequilibrio, que necesariamente juega a favor del empresario con poder de mercado⁴⁵. La situación de desigualdad es independiente de la causa que creó esa situación de poder⁴⁶.

20. Sin embargo, la visión doctrinal que ponía el énfasis en la existencia de un monopolio legal, y no tanto en la idea del servicio prestado (servicio público, en un sentido amplio), fue revisada como consecuencia de la aprobación del *Codice civile* de 1942. Actualmente el Código civil italiano recoge en dos ocasiones la obligación de contratar concerniente a la actividad empresarial⁴⁷: la primera, a cargo

⁴⁰ J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, cit., págs. 33, 193-194.

⁴¹ L. JOSSERAND, *De l'esprit de droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939, nos. 89-91.

⁴² R. RODIÈRE, *Droit des Transports*, Paris, 1977, pág. 326.

⁴³ L. NIVARRA, cit., págs. 6-8; R. SAVATIER, cit., págs. 87-88. Ejemplo de estos primeros estudios doctrinales, G. VALERI, "A proposito dell'obbligo a contrarre in materia ferroviaria", *Riv. Dir. Comm.*, 1913-II, págs. 81 y ss.; A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, cit.; ID., "Sulla natura contrattuale", cit., págs. 549 y ss.; ID., "Su alcune fonti speciali in materia di trasporti attuati da imprese monopolistiche", *Riv. Dir. Comm.*, 1919-I, págs. 684 y ss.

⁴⁴ Vid. A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, cit., pág. 7 (nota 3), donde el autor recoge referencias doctrinales en este sentido; asimismo, G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 1972, pág. 146.

⁴⁵ En este sentido, A. ASQUINI, "Sulla natura contrattuale", op. cit., págs. 559-560, 564 y 572; L. NIVARRA, cit., pág. 128.

⁴⁶ Esta es la línea seguida actualmente por el Derecho *Antitrust* al prohibir a las empresas en posición dominante a negarse de manera injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios (art. 2.2.c) LDC y art. 102.2.b) y c) TFUE). Si bien el art. 102 TCE no recoge expresamente el rechazo a contratar, el Tribunal de Justicia lo ha entendido incluido en algunos de los supuestos del mismo (art. 102.2.b) y c)). Vid. al respecto M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, T. II, Barcelona, 1998, págs. 799. Como ha observado la jurisprudencia comunitaria, la posición dominante es la posición de fortaleza económica de una empresa, que le permite evitar que en el mercado en cuestión se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores (SSTJCE de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands - Chiquita Bananas* y de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hoffman-La Roche*). Dicho lo cual, debe destacarse que el incumplimiento de la obligación de contratar por parte del transportista comporta diferentes consecuencias jurídicas bajo el Derecho Administrativo de transporte y bajo el Derecho de defensa de la competencia.

⁴⁷ Debe tenerse en cuenta que la obligación de contratar no es exclusiva del empresario, pues tiene lugar también en otros escenarios (piénsese, p. ej., en la obligación de contratar una póliza de seguro para el coche, o en el depósito necesario).

de los empresarios que prestan un servicio de línea de transporte de personas y mercancías en régimen de concesión administrativa (art. 1679); la segunda, a cargo del titular de cualquier monopolio legal (art. 2597). La mayoría de la doctrina italiana observa un fundamento distinto en cada una. En el caso del concesionario de una línea regular de transporte, la obligación de contratar se sustenta en la idea de la alta utilidad del servicio público en la línea del *common carrier* (aunque con efectos diferentes en la esfera jurídico-privada), y no en la de monopolio *ex lege*. La consecuencia es que el art. 1679 *Codice civile* es independiente del art. 2597; no hay entre los dos preceptos una relación de norma especial-norma general⁴⁸.

21. Por su parte, la doctrina alemana ha seguido una evolución parecida a la italiana a la hora de justificar la obligación de contratar. En un principio se asociaba a la existencia de monopolios legales⁴⁹. Posteriormente se admitió la concurrencia de distintas fuentes jurídicas que fundamentan la obligación de contratar. Por un lado, ésta se deriva de cláusulas generales: la prohibición de actuar contra las buenas costumbres (§826 BGB)⁵⁰ y la prohibición de discriminación prevista por el Derecho de la competencia (§19 Abs. 1 y §20 GWB)⁵¹. Pero además existen obligaciones especiales (entre ellas, las plasmadas en la legislación alemana de los distintos medios de transporte), que responden a la esencialidad del servicio prestado, en torno a la idea de asistencia o prestación vital (*Daseinsvorsorge*)⁵². La obligación de contratar asume en estos casos la función de abastecer, de manera equilibrada y regular, un servicio calificado como necesario (*Versorgungsfunktion*)⁵³. El ordenamiento vigente ya no prevé un deber legal de asumir la prestación de transporte, al contrario que la anterior ley administrativa de ordenación del transporte de mercancías por carretera (§13a y §90 GüKG de 17 de octubre 1952) cuyo significado práctico fue muy escaso⁵⁴. Sí se mantiene para el transporte de personas (§22 PBefG).

C) La obligación de contratar en el Derecho español del transporte de mercancías por carretera

22. La Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT) reconoce expresamente el principio de libertad de contratación a favor de los titulares de autorizaciones de transporte público discrecional (art. 94.1). Sin embargo, el mismo precepto otorga a la Administración la competencia para limitar dicha libertad estableciendo un régimen de servicios mínimos de carácter obligatorio cuando en el mercado se dé una situación de absentismo empresarial que implique trastornos importantes para el interés público (art. 94.2). Atendiendo a la estructura del precepto, la libertad de contratación es la regla general y los servicios mínimos obligatorios se presentan como la excepción⁵⁵. En este último caso, el empresario transportista se encuentra obligado legalmente a satisfacer la demanda de transporte hecha por cualquier usuario, no pudiendo rechazarla arbitraria e injustificadamente. Como consecuencia de la naturaleza y la finalidad del servicio, este deber de comportamiento del empresario es exigible aunque la norma no lo contemple expresamente. El transporte discrecional de mercancías

⁴⁸ En esta línea, G. ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1959, pág. 99; M. LIBERTINI, “L’imprenditore”, *cit.*, pág. 279; L. NIVARRA, *cit.*, págs. 17-18, con ulteriores referencias; S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, en A. CICU/F. MESSINEO/L. MENGONI/P. SCHLESINGER, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol XXVI. T. 1, Milano, 2007, págs. 485-486. Cfr. C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, págs. 35-39. En contra, no obstante, A. ASQUINI, “Trasporto”, *Novissimo Digesto*, XIX, Torino, 1973, pág. 569; G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, *cit.*, pág. 146.

⁴⁹ Sobre esta evolución vid. J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 194-198; L. NIVARRA, *cit.*, pág. 8 (nota 12) con ulteriores referencias.

⁵⁰ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, págs. 53-67.

⁵¹ W. FIKENTSCHER, “Zum Recht der Diskriminierung”, *cit.*, págs. 257 ss; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 203-208.

⁵² K. SCHMIDT, “Wirtschaftsrecht: Nagelproblem des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel”, *AcP* 206(2006), pág. 189. En el mismo sentido, J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 202-203.

⁵³ W. KILIAN, *cit.*, pág. 74.

⁵⁴ J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 195-196.

⁵⁵ En el marco del transporte regular de viajeros, actividad de titularidad pública y que puede ser explotada mediante la concesión, también se contempla la obligación de contratar (arts. 76.2 y 86.5 II ROTT). Al contrario que en el transporte de mercancías, aquí el deber de contratar es una regla general, y no consecuencia de una medida adoptada por la Administración ante una situación excepcional del mercado.

por carretera no es un servicio público; se trata en todo caso de un «servicio público impropio», pero el establecimiento de servicios mínimos obligatorios le aporta un nuevo carácter, acercando su actividad a la de los titulares de concesiones administrativas (servicio público en sentido estricto), pues su disciplina pasa a configurarse en torno a una prestación garantizada para los ciudadanos ante la escasez de oferta⁵⁶.

23. La trascendencia práctica de este precepto ha sido nula, pues nunca se han aprobado tales servicios mínimos obligatorios. No obstante, desde un punto de vista dogmático plantea importantes cuestiones jurídicas. La norma está ubicada en el Título III, capítulo III, sección primera, donde se recogen las disposiciones comunes para los transportes públicos discrecionales de viajeros y mercancías⁵⁷.

24. Esta imposición de servicios mínimos obligatorios por parte de la Administración, ya consista en la prestación directa del servicio de transporte (prestación específica de hacer) o ya se trate de la obligación de emitir una declaración de voluntad por la que se formaliza el contrato de transporte (obligación de querer)⁵⁸, así como la determinación del contenido del contrato de transporte se identifican jurídicamente con la obligación de contratar⁵⁹.

25. En el análisis sobre la constitucionalidad de la medida, se observa, en primer lugar, el respeto a la reserva de ley, pues es la propia LOTT quien la prevé⁶⁰. En cuanto a la justificación material de la injerencia estatal en la esfera jurídico-privada, debe destacarse que sus fundamentos no se corresponden con los de la prohibición del Derecho *antitrust* a una negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicio para aquellos casos en lo que se posea un poder de mercado (art. 2.2.c) LDC y art. 102 TFUE). No se trata de evitar un abuso de posición de dominio por parte del transportista, sino de garantizar el suministro constante y uniforme de un servicio considerado esencial. El absentismo empresarial no se identifica necesariamente con posiciones de dominio de las empresas que siguen en el mercado. Puede haber varias empresas con la misma cuota de mercado, subsistiendo la competencia entre ellas, pero insuficientes para responder a las necesidades de la demanda de transporte. La obligación de contratar asume aquí, como en el Derecho comparado de transporte (modelos inglés, italiano y alemán), una función político-social de abastecimiento (*Versorgungsfunktion*)⁶¹.

26. Los transportes de mercancías por carretera y sus actividades auxiliares o complementarias no son servicios públicos en sentido estricto, en la medida en que son de titularidad privada y no pública (criterio formal). Sin embargo, desde un punto de vista material, estas actividades privadas se caracterizan por servir a un interés colectivo superior al de otras actividades económicas privadas. Encajan en el concepto de «servicio público impropio», acuñado por la doctrina italiana⁶². Dada la importancia

⁵⁶ Cfr. M. STOLFI, “L’obbligo legale a contrarre”, *Riv. Dir. Civ.*, 1932, pág. 129; M. LIBERTINI, “L’imprenditore”, *cit.*, pág. 282; L. NIVARRA, *cit.*, pág. 23.

⁵⁷ El art. 94.2 LOTT recuerda a las obligaciones de servicio público del Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Resulta llamativo que en el marco del Derecho comunitario se considere aconsejable que el Reglamento no cubra la adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de mercancías, de tal manera que se ajuste a los principios de libre competencia (cdo.11) y, sin embargo, la Ley española mantenga la posibilidad de intervención económica en el sector.

⁵⁸ La distinción es de A. ASQUINI, *vid.* “Sulla natura contrattuale”, *cit.*, pág. 561.

⁵⁹ En este sentido, J. BASEDOW, *Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten*, Heidelberg, 1989, pág. 57.

⁶⁰ La exigencia de una norma con rango de Ley para cualquier restricción de la libertad de contratación es defendida igualmente por aquellos autores que en algún momento han cuestionado que esta libertad forme parte del contenido del derecho a la libertad de empresa, sino una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este precepto no está incluido en el Capítulo II del Título I, donde se reconocen los derechos y libertades fundamentales cuya regulación queda sometida a la reserva de ley (art. 53.1 CE); no obstante, se argumenta que para su regulación se requiere la habilitación legal por la vía de los arts. 1.1 (principio general de libertad) y 9.3 (principio de legalidad) CE, *vid.* M. ARAGÓN, “Las fuentes”, *cit.*, págs. 39-41.

⁶¹ F. BYDLINSKI, “Zu den dogmatischen Grundfragen”, *cit.*, pág. 31; W. KILIAN, *cit.*, pág. 74.

⁶² Paralelamente a este concepto de servicio público impropio, se elaboró en Francia la doctrina de los «servicios públicos virtuales»: actividades privadas especialmente afectadas por la utilización de bienes demaniales, lo que justifica una regulación de la Administración (medidas de policía). *Vid.* E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Madrid, 1993, págs. 26-32. Sin embargo, en este caso no es tanto el uso de bienes demaniales cuanto la trascendencia económica y social de la actividad lo que provoca, con carácter general, la intensa regulación administrativa y, en

económica y la carga social del transporte, su suministro óptimo es una constante preocupación de la política de transporte, convirtiéndose en uno de sus objetivos esenciales (art. 3.b) LOTT). Ello justifica que su prestación no siempre pueda dejarse al libre juego del mercado⁶³.

27. El legislador español se anticipa a un posible abandono progresivo de la actividad por parte de los transportistas (la LOTT parte de la teoría de las especialidades del transporte, que destaca la competencia ruinosa como una de las características del mercado de transporte). El elevado absentismo empresarial puede implicar trastornos importantes para el interés público: una escasez de la oferta de los servicios de transporte de mercancías por carretera comporta el riesgo de una demanda desatendida o mal atendida, que puede afectar a su vez a mercados vecinos, multiplicando sus efectos negativos⁶⁴. El Estado se ve obligado a tomar parte en la regulación de las relaciones jurídico-privadas, sustituyendo la voluntad del empresario transportista y forzándolo a concluir estos contratos. La obligación de contratar se presenta como una manifestación de la «socialización del Derecho Privado»⁶⁵ o, asumiendo los términos de nuestra doctrina más autorizada, de la «desprivatización del Derecho Privado», en tanto que hay una penetración de los intereses generales en la relación jurídico-privada⁶⁶. En la obligación de contratar, la desprivatización afecta al momento inicial del contrato de transporte, su nacimiento. Éste no surge como respuesta a los intereses mutuos, intersubjetivos, de las partes del negocio. Conforme a tales intereses, el contrato de transporte probablemente no se celebraría pues, *a priori*, no es rentable para el empresario de transporte. El objetivo de la obligación de contratar trasciende incluso de las necesidades individuales del solicitante de la prestación de transporte: el contrato se pone al servicio de la distribución adecuada de los recursos y el desarrollo económico⁶⁷.

28. Justificada la medida de establecimiento de un régimen de servicios mínimos obligatorios que comportan el deber de contratar, la Administración debe articularla de tal manera que sea proporcionada en sentido estricto. Así, la obligación de contratar sólo podrá ser exigida siempre y cuando sea compatible con los medios ordinarios del empresario⁶⁸. Su delimitación debe atender a parámetros objetivos, en el sentido de que garanticen al usuario la disponibilidad y continuidad del servicio, y no según los medios de los que momentáneamente disponga el empresario⁶⁹. Cuando ello implique un sobre-esfuerzo económico del empresario, éste deberá ser compensado por la Administración conforme a crite-

particular, la obligación de contratar y establecimiento de servicios mínimos en caso de absentismo empresarial en el sector. En la doctrina española se ha criticado por su posible confusión esta terminología (servicio público impropio y virtual), utilizada con frecuencia por nuestra jurisprudencia en especial en relación con el servicio de taxis, y se propone su sustitución por la expresión «servicios de interés público», vid. R. ENTRENA CUESTA, “El servicio de taxis”, *RAP*, 27(1958), pág. 40.

⁶³ U. IMMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten*, Tübingen, 1967, pág. 4.

⁶⁴ La importancia de este fundamento puede apreciarse en las recientes medidas de liberalización del transporte de mercancías. En relación con este sector, la Ley Ómnibus ha eliminado una de las medidas más intervencionistas, el precio del transporte de mercancías por carretera; sin embargo, la posibilidad de establecer servicios mínimos obligatorios, tratándose de una medida si cabe más intervencionista y a pesar de que la Administración no ha hecho nunca uso de esta potestad, se ha mantenido intacta. El hecho de que esta medida no haya sido eliminada sugiere que la desregulación no significa aquí abandono de la protección de intereses generales. Éstos siguen fundamentando la regulación económica, mientras que los movimientos desregulatorios responden a la desproporción de la intervención. Así, el precio del transporte fue liberalizado al considerarse que la fijación de tarifas por parte de la Administración era una medida *inadecuada* para el fin (protección de un interés general) perseguido (el mantenimiento del mercado de transporte de mercancías por carretera en condiciones adecuadas para la prestación constante y uniforme del servicio) (vid. S. SOLERNOU, “La liberalización del precio del transporte de mercancías por carretera”, *RDT*, 4 (2010), págs. 111-114).

⁶⁵ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, pág. 105; W. KILIAN, *cit.*, pág. 51.

⁶⁶ J. GIRÓN, *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*, Madrid, 1986, págs. 104 y ss. (esp. pág. 109 con referencia expresa a los contratos forzosos); J. M^a GONDRA, *Derecho Mercantil*, *cit.*, págs. 90-92. En la doctrina alemana se ha utilizado la expresión: “*Entprivatisierung des Privatrechts*”, vid. W. KILIAN, *cit.*, pág. 77.

⁶⁷ Cfr. H. C. NIPPERDEY, *cit.*, pág. 33; W. KILIAN, *cit.*, pág. 78.

⁶⁸ T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia e dei Beni Immateriali*, Milano, 1960, pág. 61; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, pág. 203.

⁶⁹ En este sentido y con diferentes matices, P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, págs 63 y 69; A. PAVONE LA ROSA, *cit.*, pág. 31; M. LIBERTINI, “L’imprenditore”, *cit.*, págs. 306-307; L. NIVARRA, *cit.*, págs. 25 y 84.

rios objetivos⁷⁰. De este modo se protege tanto al transportista, al eliminar el riesgo de reclamaciones por incumplimiento de demandas de transporte no asumibles o difícilmente asumibles, como al usuario, quien podrá exigir responsabilidades en caso de que aquél no le asegure la prestación del servicio⁷¹.

2. Las restricciones que afectan a la libertad para decidir con quién celebrar un contrato: el caso de los Centros de contratación de cargas del País Vasco

29. Entre los diferentes elementos que configuran la libertad contractual, se halla la libertad para elegir a la otra parte contratante (*Partnerfreiheit*)⁷². La libertad para celebrar un contrato (*Abschlussfreiheit*) se encuentra estrechamente vinculada a la libertad para decidir con quién se celebra⁷³. La obligación de contratar comporta la imposición del sujeto con el que vincularse, pero no siempre ocurre al contrario. Siendo libre la decisión de celebrar el contrato, la elección de los sujetos contratantes puede estar limitada.

30. En la legislación del transporte terrestre de mercancías puede encontrarse este supuesto de restricción de la libertad contractual en la figura denominada «Centro de información y distribución de cargas». Se trata de instituciones, públicas o privadas, cuya función esencial es facilitar el encuentro entre oferentes y demandantes de transporte, con el objeto de contribuir a un mayor ajuste y racionalización del mercado de transporte.

31. Su régimen estaba previsto por la normativa estatal de ordenación del transporte (art. 124 LOTT y 192 ROTT, derogados). Podían ser públicos o privados (art. 188.1 ROTT, derogado). El establecimiento de los centros públicos era competencia compartida entre las Comunidades Autónomas y el Estado (art. 188.2 ROTT, derogado). En relación con el contrato de transporte, su participación se limitaba a propiciar las fases preparatorias del contrato, pero no podían actuar como comisionistas, ni contratar el transporte en nombre propio (art. 124.2 LOTT y art. 192.1 ROTT, derogados). La legislación estatal no establecía ninguna obligación de contratar en este sentido. Pero la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio derogó recientemente el art. 124 LOTT. Por su parte, los respectivos preceptos reglamentarios fueron derogados por el Real Decreto 919/2010, de 16 de julio.

32. Pero dentro del ordenamiento jurídico español existe una norma en la que sí se establecen obligaciones de contratación de transporte: la Ley 3/1981, de 12 de febrero, del País Vasco, sobre Centros de contratación de cargas en transportes terrestres de mercancías. Esta Ley impone a las agencias de transporte la obligación de poner a disposición del Centro un porcentaje de la carga que contraten en el mercado, y a concertar las ofertas de contrato con quien a través de este servicio se le presente como aceptante (art. 25, 1, a); no pueden rechazar al transportista designado por el Centro, salvo por motivos fundados que se establezcan reglamentariamente (art. 28). Con anterioridad a su modificación⁷⁴, este último precepto establecía que los ofertantes de carga podían no aceptar a un transportista facilitado por el Centro de Contratación de Cargas u Oficinas de Distribución y Control, siempre y cuando justificaran el motivo de tal hecho ante el Director Gerente, quien adoptaría la decisión, de obligado cumplimiento, que a su juicio correspondiere en cada caso. La Administración tenía, en este caso, absoluta discrecionalidad para rechazar las objeciones presentadas por el ofertante de la carga.

33. Al margen de estas imposiciones legales, los usuarios (agencias de transporte y transportistas) pueden poner a disposición del Centro, libre y voluntariamente, las ofertas que estimen pertinentes (art. 5 y 25.1).

⁷⁰ Cfr. art. 6 Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

⁷¹ M. LIBERTINI, “L'imprenditore”, *cit.*, pág. 308.

⁷² H. C. NIPPERDEY, *cit.*, págs. 4-5 y 13.

⁷³ F. RITTNER, *Die Ausschließlichkeitsbindungen*, *cit.*, pág. 11; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, pág. 191.

⁷⁴ Mediante Ley 4/1982, de 31 de marzo, que modifica y cumplimenta la Ley 3/1981 de Centros de Contratación de Cargas de Transportes Terrestre y Mercancías.

34. El Centro de distribución está facultado para asignar las cargas a los transportistas. De este modo impone el sujeto contratante (cargador o porteador). Hay una restricción de la libertad contractual, si bien debe precisarse que no en todos los casos. Cuando el transportista o la agencia de transporte acude libremente a estos centros, sabiendo que no elegirá al cargador y que éste le será impuesto por el Centro, no hay propiamente restricción de la libertad contractual, sino una manifestación del ejercicio de la libertad de autodeterminación. El empresario acepta libremente las condiciones en que se presta el servicio del Centro⁷⁵. Las decisiones particulares, no contrarias a la ley ni al orden público, se presumen válidas simplemente por el hecho de ser queridas, sin entrar a valorar su posible inadecuación y desproporción («*stat pro ratione voluntas*»)⁷⁶. Por el contrario, cuando la agencia de transporte o el transportista están obligados legalmente a contratar parte de sus servicios a través del Centro de información y distribución de cargas, si hay una clara restricción de la libertad contractual y, por ende, de la libertad de empresa. Según la exposición de motivos de la Ley vasca, el interés general supuestamente protegido es el desarrollo racional del mercado de transporte. La medida puede ser adecuada para la consecución de dicho fin: al centralizarse la información de oferta y demanda, se logra una mejor adecuación a las necesidades de una y otra. Pero no es una restricción necesaria, pues hay medidas menos incisivas, como limitar las funciones del centro a la recopilación de información, aportando la transparencia necesaria al mercado para que los empresarios puedan contratar con aquellos cuyos servicios mejor se ajusten a sus necesidades. Consecuentemente y en atención al test de proporcionalidad, podría entenderse que el art. 25.1 de la Ley vasca restringe inconstitucionalmente la libertad de empresa.

35. El Tribunal Constitucional (STC 37/1981, de 16 de noviembre) tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta Ley al hilo de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, en una sentencia cuyos razonamientos son difícilmente compartibles. Consideró que el art. 25 de la Ley no vulneraba la libertad de empresa. Los argumentos que le llevaron a declarar la licitud del precepto se centraron en la inexistencia de un trato desigual entre los empresarios vascos y el resto de empresarios españoles:

«(...) si el Estatuto de Autonomía del País Vasco (art. 10.32) confiere a éste competencia exclusiva sobre «Centros de Contratación y terminales de carga en materia de transporte», instituciones a donde concurren, en el ejercicio de su actividad específica, los empresarios de transporte, la regulación de esos Centros no puede hacerse sin afectar de uno u otro modo a las condiciones de ejercicio de esa actividad. La alegada inconstitucionalidad no derivará, pues, en su caso, de que la norma impugnada afecte a las condiciones en que se ejerce la libertad de empresa, sino que se producirá sólo cuando esa afección conlleve una modificación de las condiciones básicas en que es ejercida por el resto de los empresarios españoles.»

(...) el contenido del art. 25.1 a) de la Ley impugnada (...) no afecta en modo alguno a las condiciones básicas del ámbito de libertad en el que esa actividad se lleva a cabo en el resto de España.»

36. Por el contrario, declaró inconstitucional el art. 29 por la amplísima discrecionalidad de la Administración para desechar las objeciones de la agencia de transporte para aceptar al transportista asignado por el Centro, por razones técnicas o económicas. Según el Tribunal, tal discrecionalidad anulaba la libertad de opción del cargador y afectaba a las condiciones básicas del ejercicio de su actividad, colocándolo en una situación sustancialmente distinta de aquella en la que se habría encontrado de haberse llevado a cabo en cualquier otra parte de España⁷⁷.

37. Como consecuencia de la sentencia, el art. 29 de la Ley vasca fue modificado y delega en el Reglamento el establecimiento de los motivos que justifiquen el rechazo del transportista designado

⁷⁵ STC 37/1981, de 16 de noviembre.

⁷⁶ W. FLUME, "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", *cit.*, págs. 141 y 143, *Id.*, *El negocio jurídico*, *cit.*, págs. 29-31; asimismo, J. ALFARO, "Autonomía privada", *cit.*, pág. 62.

⁷⁷ Cfr. M. BASSOLS COMA, "Las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia económica y el derecho a la libertad de empresa. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981)", *REDC* 5 (1982), págs. 177-178.

por el Centro, con el objeto de eliminar la discreción de los poderes públicos. Por el momento no se ha aprobado esta norma de desarrollo.

38. Por lo demás, la Ley mantiene la habilitación a la Administración para imponer el transportista a la agencia de transporte, quien se halla obligada a contratar un porcentaje de su carga a través del Centro de contratación de cargas.

3. Las restricciones que afecten al contenido y al tipo contractual

A) La fijación del precio por la Administración de transporte

39. Tradicionalmente, la Administración ha estado investida de potestad para determinar el precio de los bienes y servicios⁷⁸. Sin embargo, en las últimas décadas, el ejercicio de dicha potestad ha ido disminuyendo de manera progresiva en intensidad en relación con las actividades económicas de titularidad privada, como consecuencia de las políticas liberalizadoras que responden a un nuevo entendimiento de la relación entre el derecho a la libertad de empresa y los poderes de intervención pública.

40. El intervencionismo de la Administración en los precios es manifestación de una de las restricciones más intensas de la libertad contractual⁷⁹. El Estado sustituye la voluntad y capacidad de negociación de las partes contratantes (empresario y consumidor, o dos empresarios) en la toma de una decisión económica⁸⁰. La imposición de precios o de tarifas obligatorias supone, por tanto, una limitación de la libertad de empresa⁸¹.

41. En cuanto al grado de intervención, existen tres técnicas en la determinación del precio del contrato privado⁸²:

1. Sistema de precios fijos obligatorios. En este caso no hay margen alguno para la negociación. La negociación de la libertad es absoluta.
2. Sistema de precios mínimos y/o máximos obligatorios. Caben tres supuestos diferentes: a) fijar una horquilla con un precio mínimo y un precio máximo, dentro de cuyo margen hay un espacio de libertad de competencia y libertad contractual, si bien reducido⁸³; b) establecer precios mínimos obligatorios sin que haya un máximo, por encima de los cuales las partes pueden determinarlo libremente; c) imponer precios máximos con libertad para fijar el precio del producto o servicio por debajo de los mismos.
3. Sistema de precios de referencia. Su finalidad es orientar el mercado sin vincular. El sistema de precios de referencia es el modo de intervención pública de menor intensidad.

Tanto el Derecho comunitario como el Derecho español han sufrido una evolución gradual, partiendo de un régimen de tarifas intervenidas a la absoluta libertad de fijación de precios en el sector del transporte de mercancías por carretera.

42. En el marco del ordenamiento comunitario el régimen tarifario se enmarcaba en el transporte de mercancías por carretera por cuenta ajena entre Estados miembros (transporte internacional)⁸⁴.

⁷⁸ Extensamente sobre la evolución de este mecanismo de intervención, vid. J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 33-93.

⁷⁹ Cfr. F. DE CASTRO, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, 1982, pág. 1048; G. FARJAT, *L'ordre publique économique*, Paris, 1963, pág. 29.

⁸⁰ C. PAZ-ARES/J. ALFARO, *cit.*, pág. 6022; R. SAVATIER los denomina "contrats réglementés", *cit.*, pág. 85.

⁸¹ J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 223-224 y 231-235; F. OSSENBUHL, *cit.*, pág. 21.

⁸² U. IMMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen*, *cit.*, págs. 6-9; W. FIKENTSCHE, *Marktmacht und Preisunterbietung im Verkehr*, Bonn – Bad Godesberg, 1970, pág. 10; V. EMMERICH, *Kartellrecht*, *cit.*, pág. 448; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, pág. 151; J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 224, 247-248.

⁸³ J. BASEDOW, *Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten*, *cit.*, pág. 15.

⁸⁴ Para un estudio más detallado de los distintos Reglamentos comunitarios, vid. M. BRIGNARDELLO, *La disciplina delle tariffe e dei prezzi nel settore dei trasporti*, Torino, 2000, págs. 152-159.

El Reglamento (CEE) 1174/68, de 30 de julio, supuso la primera medida intervencionista. El legislador comunitario establecía un sistema de margen tarifario (horquilla de máximos y mínimos) obligatorio, que era concretado de común acuerdo por los Estados miembros en cuyo territorio tenía lugar la carga y descarga de las mercancías (art. 4). Se requería, por tanto, la celebración de acuerdos bilaterales. Según los considerandos del Reglamento, el límite máximo pretendía evitar abusos de posición de dominio, mientras que el límite mínimo aseguraba una remuneración justa al transportista. Se criticó la ausencia de criterios uniformes para la determinación del precio, así como las dificultades para su aplicación y control⁸⁵. Posteriormente se aprobó el Reglamento (CEE) 2831/77, de 12 de diciembre. Los Estados miembros podían elegir entre la introducción de un sistema de margen tarifario obligatorio, o bien la aprobación precios de referencia. De este modo se pretendía evitar una transición brusca de un régimen intervencionista a otro liberal, aunque evidentemente ello no suponía una política *común* de transporte⁸⁶. Seguidamente, el Reglamento (CEE) 3568/83, de 1 de diciembre, no supuso grandes avances en el proceso de liberalización. Como sistema preferente se establecía la aprobación de tarifas de referencia por parte de los Estados miembros, si bien se mantenían mecanismos para la instauración de tarifas obligatorias en circunstancias especiales. Finalmente, desde el 1 de enero de 1990, con la entrada en vigor del Reglamento (CEE) 4058/1989, de 21 de diciembre, se introduce el principio de libre fijación del precio del transporte entre Estados miembros por las partes del contrato (art. 2). El ámbito de aplicación alcanza a los contratos de transporte con trayectos entre los Estados miembros, aun cuando en una parte del recorrido el transporte se efectúe en tránsito por un país tercero, o en un vehículo de carretera que a su vez vaya cargado, sin transbordo de mercancías, en otro medio de transporte (art. 1).

43. Este proceso liberalizador en relación con el transporte internacional contrasta con la ausencia de medidas legislativas, en el ámbito comunitario, en cuanto al transporte de cabotaje (realizado por transportistas dentro de un Estado miembro por no residentes) y el transporte nacional⁸⁷. Uno y otro están sometidos, por tanto, a lo establecido en los derechos nacionales de los Estados miembros. Ello no significa que éstos estén ilimitadamente facultados a intervenir el precio del transporte. Debe tenerse en cuenta que una medida en este sentido puede tener el efecto de restringir la competencia, anulando el efecto útil de los arts. 101 y siguientes TFUE. En tal caso la medida nacional no estaría permitida.

44. Por su parte, también el Derecho español ha sufrido un proceso de desregulación del precio del transporte de mercancías por carretera, que ha culminado con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta Ley modifica la Ley de Ordenación de los transportes terrestres y expresamente establece que el precio de los transportes discrecionales de viajeros y de mercancías, y el de las actividades auxiliares y complementarias de transporte, será libremente fijado por las partes contratantes (nueva redacción del art. 18 LOTT).

45. En realidad, el precio ya estaba liberalizado. El punto de inflexión se produjo con la aprobación del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Hasta ese momento, los transportes de mercancías por carretera estaban sujetos al régimen de precios autorizados de ámbito nacional. Desde ese momento quedaron totalmente liberalizados⁸⁸. No obstante, la LOTT seguía manteniendo la posibilidad de que, con carácter excepcional, se aprobaran reglamentariamente medidas intervencionistas.

46. A pesar de que este régimen ya no está en vigor, es interesante analizarlo desde una perspectiva constitucional, atendiendo al interés protegido y al principio de proporcionalidad. El Título primero de la LOTT, que comprende las disposiciones comunes a los diferentes modos de transporte terrestre, dedica su capítulo III (arts. 17 a 24) al régimen económico-financiero de los servicios y actividades de

⁸⁵ M. L. TUFANO, *I trasporti terrestre nella CEE*, Milano, 1990, pág. 110.

⁸⁶ M. BRIGNARDELLO, *cit.*, pág. 157.

⁸⁷ A. EPINEY/R. GRUBER, *Verkehrsrecht in der EU*, Baden-Baden, 2001, págs. 243-244.

⁸⁸ Con más detalles, G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Los transportes por carretera”, *cit.*, págs. 453-454.

transporte terrestre. La Ley distingue dos regímenes económicos en función de que la actividad de transporte se desarrolle con ocasión de una concesión o de una autorización administrativa.

47. En el primer caso, la actividad desarrollada por el concesionario queda sometida a la legislación estatal sobre régimen económico del contrato de gestión de servicios públicos (art. 17.2). Al tratarse de una actividad cuya titularidad es del Estado, a éste le corresponde determinar todas las condiciones necesarias para su ejercicio. No hay margen para la libertad de empresa; ésta es inexistente.

48. En el caso de titularidad privada de la actividad de transporte para cuyo ejercicio se requiere una autorización administrativa previa, los empresarios de transporte (prestadores de servicios de transporte público y de actividades auxiliares o complementarias del mismo) llevarán a cabo su explotación, con carácter general, con plena autonomía económica, gestionándolo a su riesgo y ventura (art. 17.1). La consecuencia de este segundo régimen debía ser la libre fijación de los precios del transporte. Sin embargo, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2009, dicha libertad se encontraba condicionada a la inexistencia de tarifas obligatorias o de referencia aprobadas por la Administración de transportes (antigua redacción del art. 18.1 LOTT)⁸⁹.

49. La redacción del art. 18 LOTT daba a entender, por su orden de exposición, que la regla general era la existencia de precios intervenidos, y la excepción la libertad. Probablemente ello respondiera a razones históricas, dado que el transporte ha sido un sector tradicionalmente sometido a tarifas obligatorias⁹⁰.

50. Las justificaciones que recogía la legislación para la intervención en el precio eran de tipos: a) razones de ordenación específicas del mercado del transporte, y b) razones de política económica

51. Las razones de ordenación específicas del mercado del transporte se centraban en la protección de la posición de los usuarios y/o de los transportistas, para asegurar el mantenimiento y continuidad de los servicios o actividades de transporte o para la realización de los mismos en condiciones adecuadas (art. 18.2 LOTT).

52. Una medida intervencionista de aprobación de precios mínimos y máximos en este contexto pretende proteger a las dos partes del contrato: transportista y cargador. Por un lado, al transportista se le aseguran ganancias que (teóricamente) cubren los costes de producción, garantizando su rentabilidad. Con este efecto inmediato se consigue el fin último y mediato de mantener la continuidad de un servicio calificado de interés general⁹¹. Se parte del convencimiento de que el mercado del transporte por carretera adolece de ciertos fallos que lo abocan a una competencia ruinosa, si es abandonado al libre juego de la oferta y la demanda (teoría de las especialidades)⁹². Por otro lado, con la prohibición de precios que superen los máximos aprobados, se procura evitar el abuso sobre el usuario en los casos de escasez de oferta del servicio⁹³. Se presume la incapacidad de negociación del cargador ante fuertes posicionamientos de la otra parte del contrato, especialmente de las agencias del transporte. El propio Tribunal

⁸⁹ La terminología utilizada por la LOTT en este ámbito ha sido criticada. Tradicionalmente el término “tarifa” se utiliza para los servicios públicos (actividad económica cuya titularidad está reservada al Estado) y “precios administrativos” para aquéllos establecidos por la Administración en una relación jurídico-privada desarrollada en el seno de una actividad económica de titularidad privada que se encuentra reglamentada; sin embargo, la LOTT recurre únicamente al primero sin distinguir entre ambos supuestos. Vid. E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 47.

⁹⁰ Como ejemplo, vid. también el desarrollo en el derecho alemán, J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, cit., págs. 141-146.

⁹¹ Cfr. A. DÍAZ MORENO, “El contrato de transporte terrestre”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 2003, Vol. II, pág. 609.

⁹² Extensamente sobre esta cuestión en el Derecho alemán, IU. MMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen*, cit., págs. 58-69.

⁹³ Cfr. W. FLUME, *El negocio jurídico*, cit., págs. 34-35, quien trata la cuestión con carácter general y ante la escasez de cualquier bien. En el mismo sentido, J. L. VILLAR PALASÍ, “Poder de policía y precio justo: el problema de la tasa de mercado”, *RAP*, (1955) 16, pág. 74.

Supremo justificó estas medidas en el necesario mantenimiento del sector de transporte en idóneas condiciones para evitar su degradación o desaparición⁹⁴.

53. Sin embargo, es criticable que esta medida sea necesaria para la finalidad perseguida. El problema del sector es el exceso de oferta; el mantenimiento artificial de los precios sólo consigue posponer la reducción de ese exceso, mientras la causa de la competencia ruinosa permanece⁹⁵. Otras medidas alternativas para que la oferta se ajuste a los niveles de demanda, p. ej. medidas sociales que faciliten el abandono de la actividad, parecen menos lesivas para la competencia.

54. Por otro lado, las razones de política económica van más allá de la específica ordenación y repercusión en el mercado específico del transporte. La incidencia en los precios del transporte se deriva, en este caso, de la legislación de control de precios. No se trata de la potestad tarifaria de la Administración, sino de la potestad de ordenación de los precios⁹⁶. La misma encuentra su base legal en la Constitución. El Estado, mediante Ley, puede planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1 CE). En todo caso, habría que ver qué aspectos de la economía general pueden verse afectados, pues se discute si es suficiente el argumento de combatir la inflación⁹⁷.

55. La siguiente cuestión que planteaba el régimen tarifario previsto por la LOTT era la determinación de las bases o criterios para establecer el precio. En principio, si el objetivo era evitar una competencia ruinosa el Estado no podía imponer un precio, máximo o fijo, que no cubriera los costes de producción⁹⁸. Esta medida habría resultado desproporcionada para el operador de transporte, hasta el punto de que le hubiera obligado a abandonar la actividad. Debían determinarse los costes de producción que actuarían como límite a la fijación de tarifas por la Administración de transporte. En este sentido, la doctrina administrativista apuntó como criterio objetivo «los costes normalizados del proceso productivo de que se trate, incluyendo la justa remuneración del trabajo empresarial y el normal beneficio industrial del capital empleado»⁹⁹.

⁹⁴ STS de 9 de junio de 1997: «La horquilla entre un máximo y un mínimo de la tarifa obligatoria, aparte de ser coyuntural en su cuantía, como se infiere del propio artículo impugnado en su párrafo 2.8., tiene un marcado carácter proteccionista de los dos sujetos intervinientes en la relación del transporte -cargador y transportista-, lo que, como consecuencia, produce el efecto reflejo del mantenimiento del servicio y su continuidad en condiciones adecuadas. El límite máximo protege a los cargadores en los periodos de mayor demanda, mientras que el mínimo lo hace con los transportistas en las épocas bajas, todo ello relacionado con la existencia o no de cupos en un momento determinado del año, y con la cuantía de los mismos. Se pretende, en definitiva, mantener el servicio en idóneas condiciones y evitar su degradación o incluso desaparición, ya sea por envilecimiento de los precios por debajo de los costes, bien por superar los niveles a extremos tales que sólo puedan ser satisfechos por empresas muy poderosas, con el grave quebranto que esto representaría para una competencia leal en el sector correspondiente.»

⁹⁵ Comisión Nacional de la Competencia, *Informe sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera*, de 10 de junio de 2008, págs. 43-55: «En cuanto a que se trata de una intervención desproporcionada se deduce de las circunstancias de hecho que concurren en el supuesto. Los transportistas consideran que, en una situación de exceso de oferta, los operadores más necesitados de ingresos trabajan por debajo de costes, haciendo inviable el futuro de las empresas. Y con independencia de que se trate de una afirmación de carácter genérico que sólo puede ser admitida con cautela, existen otros medios de solución menos lesivos para la competencia y el funcionamiento del mercado que la aprobación de tarifas por los poderes públicos. (...) se debe ahora insistir en el hecho de que la medida intervencionista que se propone carece de virtualidad para conseguir el fin que se pretende. La propia estructura del sector y el funcionamiento del mercado conducen a que existan múltiples posibilidades de trabajar por debajo de las tarifas (descuentos, ventajas adicionales, imposibilidad de que tales tarifas resultaran obligatorias para empresas del resto de los países de la UE, etc.). Nadie, por otra parte, puede pretender que se establezca un marco tarifario rígido y que, además, los poderes públicos se conviertan en vigilantes de su cumplimiento (...).»

⁹⁶ Vid. para la distinción, J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 95-99.

⁹⁷ Totalmente en contra, G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales*, *cit.*, pág. 124. Para una crítica amplia sobre la intervención en los precios en relación con las actividades de servicio público, vid. mismo autor en *La regulación económica*, Buenos Aires, 1996, págs. 132-142. En sentido contrario, E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo*, *cit.*, pág. 45.

⁹⁸ U. IMMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen*, *cit.*, pág. 63.

⁹⁹ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales*, *cit.*, pág. 121. En la misma línea y en relación con el servicio de taxis, TORNOS MAS, *cit.*, pág. 140.

56. Este parece ser el criterio que estableció la LOTT, aunque con alguna excepción. Por tanto, las tarifas del transporte público y de las actividades complementarias del transporte debían cubrir la totalidad de los costes reales en condiciones normales de productividad y organización, que permitían una adecuada amortización y un razonable beneficio empresarial y una correcta prestación del servicio o realización de la actividad, no dejando de retribuir, en su caso, las prestaciones complementarias (art. 19.1). Pero excepcionalmente, podían establecerse tarifas más bajas a cargo del usuario, siempre y cuando viniera justificado por motivos económicos, sociales e incluso tecnológicos y se compensara económicamente a los operadores de transporte afectados (art. 19.4). En ningún caso se admitirían subvenciones o apoyos que cubrieran déficits imputables a una inadecuada gestión empresarial (art. 19.4 *in fine*).

57. En definitiva, había que fijar los costes resultantes de una adecuada gestión empresarial (art. 29.1 ROTT). Las empresas cuyos costes de producción estuvieran por encima de una tarifa establecida conforme a este criterio objetivo, se veían obligadas a cesar en su actividad, eran expulsadas del mercado, sin que por ello se viera afectado su derecho a la libertad de empresa¹⁰⁰. La medida era proporcionada si se observa que otros empresarios (deberían haber sido la mayoría) sabían permanecer en el mercado, ya que sus costes de producción se ajustaban a una normalidad. Las empresas expulsadas lo eran exclusivamente por su mala gestión económica¹⁰¹.

58. En el año 2005, las asociaciones de transportistas exigieron al Gobierno español el establecimiento de tarifas mínimas obligatorias como consecuencia de la crisis que estaba atravesando el transporte de mercancías por carretera debido al incremento del precio del gasóleo. El Estado no accedió a intervenir el precio, sino que optó por una medida menos restrictiva para alcanzar el mismo objetivo: el establecimiento de una cláusula de actualización automática de precios de los transportes de mercancías por carretera, en función de las subidas o bajadas del precio del litro de gasóleo producidas desde el día de celebración del contrato y el día de realización del servicio.

59. El Ministerio de Fomento modificó la Orden Ministerial por la que se establecen las condiciones generales de contratación del transporte de mercancías por carretera para incluir una nueva cláusula, que las partes podían excluir mediante pacto, en cuya virtud el porteador puede actualizar en su factura el precio inicialmente pactado en atención al incremento experimentado por el precio del gasóleo entre el momento de celebración del contrato y aquél en que se realizó el transporte. A tal efecto se tomaban como referencia los datos relativos al precio medio del gasóleo publicados por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y los consumos referidos al vehículo de que se trate tenidos en cuenta en el Observatorio de costes del transporte elaborado por el Ministerio de Fomento.

60. Cuando no existían acuerdos por escrito, se consideraba como precio usual del tipo de transporte de que se trate en la plaza y momento en que el porteador hubiera de recibir la mercancía, salvo prueba en contrario, el coste que para ese tipo de transporte venía determinado en el último Observatorio de Costes publicado por el Ministerio de Fomento¹⁰².

61. La solución de la Orden ministerial ha venido refrendada por la Ley 15/2009, del contrato de transporte terrestre de mercancías (art. 38 LCTTM). El régimen de revisión del precio es, con carácter general, dispositivo, por lo que las partes pueden establecer un régimen diferente mediante pacto individualmente negociado, o mediante condiciones generales cuando sus obligaciones resulten más

¹⁰⁰ J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 151-152.

¹⁰¹ El criterio de la gestión eficaz junto con la prestación de servicios de transporte de una calidad adecuada, ha sido también elevado a regla jurídica por el Derecho Comunitario en relación con las obligaciones de servicio público, a la hora de compensar la desventaja económica que implican las obligaciones tarifarias (art. 12.1 Reglamento 1191/69).

¹⁰² Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se desarrollan y aplican distintas medidas relativas al sector del transporte por carretera, que se adoptaron en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de junio de 2005, para la mejora de las condiciones de transparencia y de competencia en el sector (BOE núm. 253, de 22 de octubre de 2005) y Orden FOM 3947/2005, de 9 de diciembre.

beneficiosas para el adherente (art. 3 LCTTM). Si el adherente es el porteador, y en las condiciones no figura una cláusula de revisión del precio del transporte por incremento del precio del gasóleo entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución, no concurre el supuesto de hecho del art. 3 LCTTM. En este escenario, las condiciones para el adherente-porteador le son más gravosas, por lo que el régimen legal se impone sobre las condiciones generales.

B) La imperatividad del régimen jurídico de la responsabilidad del porteador

62. La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, reguladora del contrato de transporte terrestre de mercancías (LCTTM) es, con carácter general, de naturaleza dispositiva. La propia Ley dispone que, salvo expresa estipulación contraria, cabe el pacto sobre cláusulas que se aparten de su contenido (art. 3). Por ello, las partes disfrutan de la libertad contractual, bien en los términos negociados individualmente, o bien según las condiciones generales de adhesión más beneficiosas¹⁰³. Pero la regla general encuentra su excepción en el régimen jurídico de la responsabilidad del porteador, previsto en el capítulo V (arts. 46-63 LCTTM). Las disposiciones de este capítulo tienen carácter imperativo, y toda cláusula contractual que pretenda reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador será ineficaz y se tendrá por no puesta (art. 46 LCTTM). Se establecen los supuestos de imputación de la responsabilidad, las causas y presunciones de exoneración, las cuantías y los límites de la indemnización. La imperatividad del capítulo sobre la responsabilidad de porteador tiene una excepción: se presume que el valor de las mercancías perdidas o averiadas es el que aparece en la factura de venta, salvo pacto en contrario (art. 55 LCTTM).

63. El régimen jurídico de la responsabilidad es parte del contenido del contrato, y su imposición tiene efectos sobre la autonomía privada, en la medida en que limita la facultad del sujeto para regular algunos aspectos de su relación jurídico-negocial. La regla legal está por encima de la regla pactada, y la sustituye. Se trata de una regulación parcialmente heterónoma del contrato de transporte. Pero no puede afirmarse que esta restricción a la libertad contractual sea lesiva (restrictiva) de la libertad de empresa¹⁰⁴. La regulación de la disciplina del riesgo y, por ende, de la responsabilidad, exigen un grado de certeza en favor de la seguridad del tráfico jurídico que justifica la imperatividad de sus normas¹⁰⁵. Los límites de la autonomía de la voluntad responden en este caso a razones de orden público (art. 1255 CC), y repercuten en beneficio del propio empresario transportista (porteador) cuya libertad negocial se limita. La seguridad sobre el riesgo que cada parte debe correr se convierte en un bien aprovechable en la gestión de su actividad económica. No hay propiamente una colisión entre la libertad de empresa y otro bien jurídico que demanda protección, y frente al cual aquélla debe sacrificarse. La autonomía privada se limita para asegurar su correcto funcionamiento y el de la misma libertad de iniciativa económica¹⁰⁶. Así, se pone de manifiesto que la autonomía privada no se explica únicamente a nivel individual, sino también desde un enfoque colectivo¹⁰⁷.

64. Cuestión distinta es que la uniformidad en la disciplina del riesgo tenga como efecto la supresión del esfuerzo de los transportistas competidores en el ofrecimiento de condiciones más ventajosas para el usuario, consistentes en un agravamiento de la responsabilidad del porteador y la consecuente ampliación del grado de tutela del crédito del usuario. El régimen legal restringe, al menos formalmente, la competencia. Pero es dudoso que ello suponga una restricción material y perjudicial para el usuario, pues el porteador intentará compensar el agravamiento de su responsabilidad mediante su repercusión

¹⁰³ Vid. Exposición de Motivos II, párrf. cuarto.

¹⁰⁴ G. OPPO, "L'iniziativa economica", *cit.*, pág. 327.

¹⁰⁵ F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 326-327.

¹⁰⁶ F. JORDANO FRAGA, *cit.*, págs. 322 y 324 (nota 2). En contra, L. FERRI, *La autonomía privada*, *cit.*, págs. 291-291 y 349-350, quien sostiene la tesis de que los límites de la actividad privada autónoma tienen siempre un carácter negativo, y no se traducen en un límite finalista o funcional de la propia autonomía privada; ésta, según el autor, no está al servicio de intereses generales o públicos.

¹⁰⁷ A. PAVONE LA ROSA, *cit.*, pág. 27.

en el precio. De este modo se equilibraría la prestación global con respecto a las ofertas de los competidores. Por otro lado, se niega la relevancia concurrencial de las normas que disciplinan el riesgo¹⁰⁸. Se puede incluso afirmar que el régimen uniforme garantiza la igualdad en la lucha competencia¹⁰⁹.

65. En todo caso, nótese que tras declarar la imperatividad del régimen de la responsabilidad del porteador, la ley sólo declara ineficaces las cláusulas que reduzcan o aminoren la responsabilidad de este sujeto (art. 46.2 LCTTM). Nada dice, al menos no expresamente, de las cláusulas que agraven la responsabilidad. Una interpretación teleológica en el sentido de que la norma únicamente busca la protección del usuario-cargador, mantendría la validez de aquellas cláusulas. En tal caso, no se plantearía la cuestión en términos de competencia.

C) La imposición del tipo contractual a los intermediarios de transporte

66. La legislación administrativa define las agencias de transporte como las empresas especializadas en intermediar en la contratación de transportes de mercancías, como organización auxiliar interpuesta entre los usuarios y los transportistas (artículos 120.1 LOTT y 159.1 ROTT). Y a los transitarios como aquellas especializadas en organizar, por cuenta ajena, transportes internacionales de mercancías, recibiendo mercancías como consignatarios o entregándolas a quienes hayan de transportarlas y, en su caso, realizando las gestiones administrativas, fiscales, aduaneras y logísticas inherentes a esa clase de transportes o intermediando en su contratación (artículos 121 LOTT y 167 ROTT). Por su parte, los operadores logísticos se especializan en organizar, gestionar y controlar, por cuenta ajena, las operaciones de aprovisionamiento, transporte, almacenaje o distribución de mercancías que precisan sus clientes en el desarrollo de su actividad empresarial (art. 122 LOTT). Con independencia de la realización de otras labores, su actividad esencial es la intermediación en la actividad de transporte. También los almacenistas-distribuidores en su tareas de distribución necesitan la colaboración de transportistas, y en este sentido actúan como intermediarios entre éstos y los cargadores (arts. 123 LOTT y 172 ROTT).

67. Todos estos intermediarios (titulares de una autorización de operador de transporte deberán), así como las cooperativas de transporte que realicen labores de mediación, deberán contratar en nombre propio tanto con el demandante del servicio como con el transportista que vaya a realizarlo (art. 119.3 II LOTT)

68. Asimismo, la legislación mercantil dispone que los empresarios transportistas, las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte, las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transportes, los operadores y agencias de transporte, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos, así como cualesquiera otros que contraten habitualmente transportes o intermedien habitualmente en su contratación, sólo podrán contratarlos en nombre propio (art. 5.2 LCTTM). La propia dicción del precepto revela su carácter imperativo, reforzado por la legislación administrativa que regula esta cuestión en el mismo sentido¹¹⁰. La Exposición de motivos indica que, en líneas generales, se consagra la solución que ya se ofrecía en la normativa de ordenación del transporte terrestre.

69. Esta obligación de contratar en nombre propio implica adquirir la condición de porteador en un contrato de transporte frente al cargador, pues conforme a la definición de la LCTTM, el porteador es, precisamente, quien asume la obligación de realizar el transporte en nombre propio con independencia

¹⁰⁸ Cfr. H. KÖTZ, "Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?", *Verh. 50 DJT* (1974) A 35; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 27-28.

¹⁰⁹ Cfr. G. OPPO, "L'iniziativa economica", *cit.*, pág. 327.

¹¹⁰ En contra de la imperatividad del art. 120 LOTT, E. VALPUESTA GASTAMINZA, "Naturaleza jurídica de la comisión de transporte tras la Ley de ordenación de los transportes terrestres", *CDC* (1991) 9, págs. 106-108.

de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos (art. 4.2 LCTTM)¹¹¹. Aun cuando el precepto no nombre expresamente la figura del porteador, sí se refiere a ella la Exposición de motivos de la Ley¹¹². De ahí se sigue que el intermediario de transporte, cuando realice labores de intermediación con carácter profesional, no puede elegir entre la celebración de un contrato de comisión (art. 275 C. Com.) y el contrato de transporte. Éste último y su régimen imperativo de la responsabilidad del porteador se imponen. Se trata, por tanto, de una restricción de la libertad de empresa por la imposición del tipo contractual y de su contenido¹¹³.

70. El régimen anterior del Código de comercio planteaba importantes problemas en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación del intermediario profesional de transporte con el cargador. Esta cuestión fue largamente discutida por la doctrina española, otorgándose argumentos tanto a favor del contrato de comisión, si bien de garantía, como del contrato de transporte¹¹⁴. Con la aprobación de la Ley 15/2009, este tema ha quedado resuelto: el intermediario que desarrolla esta actividad con carácter profesional asume obligatoriamente la posición jurídica del porteador, por lo que celebra un contrato de transporte terrestre de mercancías.

71. Desde la perspectiva de la restricción de la libertad de empresa, debe analizarse la justificación de esta opción legislativa. El fundamento de esta imposición es la seguridad del tráfico y la protección del cargador¹¹⁵. Éste puede encontrar grandes dificultades a la hora de reclamar contra el porteador efectivo (transportista), que ha sido elegido por el intermediario en tanto que profesional de la actividad de transporte. Probablemente tanto el transportista como las condiciones del contrato de transporte sean desconocidas para el cargador (STS de 11 de octubre de 1986). Incluso cabe que carezca de medios para averiguar quién ha transportado efectivamente las mercancías¹¹⁶. Si el cargador concluye el contrato de transporte con el intermediario, tendrá identificado al deudor de la prestación de transporte contra el que, en su caso, podrá entablar la pertinente reclamación judicial. Siendo éste el fundamento, es dudoso que la razón de interés general subsista en aquellos casos en los que (aun siendo marginales en la práctica) el cargador elige al transportista (porteador efectivo), imponiéndoselo al intermediario. En tal caso, éste estaría actuando como un auténtico comisionista y la restricción no estaría justificada.

72. En la mayoría de los casos, en los que sí concurre una razón de interés general, la imposición al intermediario de transporte del tipo contractual es una restricción de la libertad de empresa propor-

¹¹¹ Parece inicialmente en contra, A. EMPARANZA, *El concepto de porteador*, cit., pág. 167 (nota 402), pues en relación con el art. 120 LOTT, el autor entiende que la agencia de transporte no suplente la posición del porteador, sino que se trata de una norma jurídica remissiva que permite la aplicación a un supuesto de hecho de las consecuencias jurídicas de otro al que se remite. Sin embargo, en su interpretación del antiguo art. 379 C. Com. concluye que se trata de un auténtico contrato de transporte, *Id.*, cit., págs. 175-177.

¹¹² Vid. EM IV: «Con ello se trata, por una parte, de clarificar la posición contractual de los transitarios, operadores de transporte, agencias de transporte y demás personas que intermedien en el transporte, consagrando, en líneas generales, la solución que ya se ofrecía en la normativa de ordenación del transporte terrestre (y, en última instancia, también en el artículo 379 del Código de Comercio), que obligaba a tales intermediarios a contratar el transporte siempre en nombre propio y a asumir la posición del porteador.»

¹¹³ Cfr. H. DILCHER, cit., pág. 1040; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, cit., pág. 191.

¹¹⁴ Vid. M. GARCÍA AMIGO, “La relación contractual de transporte entre las agencias de transporte y sus usuarios: legislación y condiciones generales de la contratación”, *RDM* 94 (1964), págs. 311 ss; SECO CARO, “El comisionista de transportes”, *RDM* 98(1965), págs. 237 ss; SÁNCHEZ ANDRÉS, “El transporte combinado de mercancías”, *RDM* 135-136(1975), págs. 49-89; E. VALPUESTA GASTAMINZA, cit., págs. 79-109; A. RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte: función representativa*, Madrid, 1992, págs. 367-370; L. M. PILOÑETA ALONSO, *Las agencias de transporte de mercancías*, Barcelona, 1997, págs. 85 ss; J. L. GABALDÓN GARCÍA, “Intermediarios del transporte y porteadores contractuales”, *RDM* 238 (2000), págs. 1723 ss; C. GÓRRIZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, Bolonia, 2001, págs. 226 ss; A. EMPARANZA, *El concepto de porteador*, cit., págs. 169-177 y 349-355.

¹¹⁵ En relación con el art. 120.2 LOTT, E. VALPUESTA GASTAMINZA, cit., págs. 94-95. Cfr. A. EMPARANZA, *El concepto de porteador*, cit., págs. 199-200, con anterioridad a la LCTTM, utilizaba este argumento con el objeto de fundamentar la naturaleza imperativa de la responsabilidad del comisionista de transporte derivada de los arts. 120 LOTT y el ya derogado art. 379 C. Com.

¹¹⁶ Vid. E. SIDERA LEAL, “Art. 5”, en J. DUQUE/F. MARTÍNEZ SANZ/A. EMPARANZA/M^a V. PETIT LAVALL, *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Cizur Menor, 2010, págs. 90-91, donde se presenta esta situación como la habitual en el mercado español de transporte.

cionada: adecuada para la tutela judicial del cargador, necesaria y ponderada. El intermediario concluye un diferente contrato de transporte con el transportista, asumiendo éste último la posición jurídica del porteador y aquél la del cargador; de este modo puede repercutir sobre el porteador efectivo las responsabilidades que tuvo que asumir frente al usuario, y que tenían como origen el incumplimiento por parte del transportista de las obligaciones propias del contrato de transporte que celebró con el intermediario.

IV. Conclusiones

73. En el contexto de la regulación de las relaciones entre particulares en el contrato de transporte de mercancías por carretera es evidente la tensión entre la autonomía privada y la intervención estatal. Distintas medidas son una clara manifestación de la limitación de la libertad contractual. Es el caso de la obligación legal de prestar el servicio de transporte, la imposición de las partes del contrato de transporte o la obligación de asumir la posición jurídica de cargador o de porteador.

74. La resolución de este enfrentamiento se ve condicionada por el reconocimiento de la autonomía privada y la libertad contractual en los textos constitucionales, en tanto que parte del contenido de determinados derechos fundamentales: el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de empresa. En este sentido, las restricciones de la libertad de empresa deben quedar limitadas a aquellos supuestos en los que se halle debidamente (constitucionalmente) justificadas, sujetándose al principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

75. Ahora bien, no toda regulación del contrato de transporte supone necesariamente una lesión del derecho subjetivo a la libertad de empresa. Cuando la limitación de la autonomía privada repercute en beneficio del propio empresario transportista (porteador) cuya libertad comercial se limita, no cabe hablar de colisión con su libertad de empresa. Así sucede con la imperatividad del régimen jurídico de la responsabilidad del porteador. En la medida en que el porteador conoce de antemano cuál es el riesgo que debe asumir y asegurar, se le facilita la gestión de su actividad económica.

THE INTERPLAY BETWEEN JURISDICTIONAL RULES
ESTABLISHED IN THE EU LEGAL INSTRUMENTS IN THE
FIELD OF FAMILY LAW: TESTING FUNCTIONALITY THROUGH
SIMULTANEOUS APPLICATION WITH DOMESTIC LAW*

L'INTERAZIONE TRA LE REGOLE DI GIURISDIZIONE
ALL'INTERNO DEGLI STRUMENTI GIURIDICI DELL'UE
NELL'AMBITO DEL DIRITTO DI FAMIGLIA: LA PROVA
DEL FUNZIONAMENTO ATTRAVERSO L'APPLICAZIONE
SIMULTANEA DEL DIRITTO NAZIONALE

LENKA VÁLKOVÁ

*Ph.D. Candidate in International Law
University of Milan*

Recibido: 12.07.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3886>

Abstract: The following article aims at testing the interrelations between the rules on: jurisdiction in divorce and parental responsibility laid down in the Brussels IIa Regulation, maintenance laid down in the Maintenance Regulation, and property regime laid down in the Regulation on Matrimonial Property Regimes and on Property Consequences of Registered Partnerships, considering a number of potentially seised Member State courts and their interactions with domestic law. For the testing, the national legal system and case law of Slovakia and Czech Republic, which require hearing of a dispute in unique proceedings (with certain differences), has been selected in order to tackle problems connected with the simultaneous application of rules established by the EU regulations and domestic procedural rules.

Keywords: multiplicity of regulations in family matters, interplay between jurisdictional rules, divorce, parental responsibility, maintenance, matrimonial property regimes, Czech and Slovak legislation.

Riassunto: Il presente contributo mira a verificare l'interazione tra le norme sulla competenza in materia di divorzio e responsabilità genitoriale stabilite dal Regolamento Bruxelles IIa, in materia di obbligazioni alimentari previste nel Regolamento sulle Obbligazioni Alimentari, e in materia di regimi patrimoniali previsti dai Regolamenti in Materia di Regimi Patrimoniali fra Coniugi e di Effetti Patrimoniali delle Unioni Registrare, prendendo in considerazione le Corti degli Stati Membri potenzialmente adite e la loro interazione con il diritto interno. Al fine di testare il funzionamento e affrontare i problemi legati all'applicazione simultanea delle norme stabilite dal diritto dell'UE e delle norme procedurali

* This article is based on a presentation given at the international conference "International Family Law Reforms" on 18 November 2016 at Universidad Carlos III de Madrid. The case law quoted in this article has been collected within the Project JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7729 "Planning the future of cross-border families: a path through coordination" (EUFam's) co-funded by the DG Justice within the programme "Projects to support judicial cooperation in civil or criminal matters" (Justice Programme). The public database containing case law (English summaries) is available at www.eufams.unimi.it or at the Facebook account: www.facebook.com/eufams. The case law cited in footnotes is mentioned by making reference to its 'EUFam's code', which is a unique code generated for an efficient research within the EUFam's. The opinions expressed in this article are those of the author and do not reflect the views of the European Commission.

nazionali, sono stati scelti i sistemi giuridici della Slovacchia e della Repubblica ceca, che richiedono, con alcune differenze, l'audizione di una controversia in un unico processo.

Parole chiave: molteplicità dei regolamenti in diritto di famiglia, interazione tra le norme sulla competenza, divorzio, responsabilità genitoriale, obbligazioni alimentari, regime patrimoniale, legislazione ceca e slovacca.

Sumario: I. Multiplicity of International Legal Instruments in Different Aspects of Family Life. II. Grounds of Jurisdiction Established by the EU Regulations. 1. Jurisdiction over Divorce according to the Brussels IIa Regulation. 2. Jurisdiction over Matters of Parental Responsibility according to the Brussels IIa Regulation. 3. Jurisdiction over Maintenance according to the Maintenance Regulation. 4. Jurisdiction over Property Regime according to the Regulation on Matrimonial Property Regimes and on Property Consequences of Registered Partnerships. 5. The Interplay between Jurisdictional Grounds on Divorce, Parental Responsibility, Maintenance, and Property Regimes. III. Coherence with Domestic Law. 1. Slovakia. 2. Czech Republic. IV. Conclusions and Considerations *de lege ferenda*.

I. Multiplicity of International Legal Instruments in Different Aspects of Family Life

1. Almost five million persons immigrated to the European Union (“EU”) during 2015, more than two millions of them are citizens of third States, and more than one million EU citizens immigrated to a different EU Member State.¹ Increased immigration results in a growing number of international couples – two million marriages and one hundred thousand divorces took place in the EU in 2011.² This statistical data in conjunction with the multiplicity of EU instruments in the field of family matters raise certain questions. Does transnational legislation provide for a clear and predictable framework of family law in the EU and is it comprehensible for international couples? Are the spouses with habitual residence in different Member States applying for divorce, custody, maintenance allowance, and liquidation and division of matrimonial property regime able to identify easily which legal instrument and which concrete provisions will be applicable?³ In this context, it is also important to deal with the question of the diversity of the grounds of jurisdiction established on the basis of EU legal instruments in interrelated family matters. This diversity often results in proceedings in different Member States, which may financially burden the parties (mainly the weaker parties)⁴ because they must obtain specialized legal services in all seised Member States. Finally, are such “false parallel proceedings” for divorce, parental responsibility, maintenance, and matrimonial property regimes contemplated in different Member States the best solution for the parties?⁵

¹ On the data, see Eurostat regarding Migration and migrant population statistics: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics (accessed on 7 May 2017).

² On the data, see Eurostat regarding marriages and divorces: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics (accessed on 7 May 2017).

³ Study on the Assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the Policy Options for its Amendment, Deloitte Consulting appointed by the European Commission, DG Justice, May 2015, (“Assessment Study”), p. 10, the analysis pointed out that: “the multitude, complexity and interrelationship of Union instruments in family law have led to practical difficulties, such as the lack of understanding on the part of citizens and practitioners, or confusion on the extent of jurisdiction of the competent court pursuant to the Brussels IIa Regulation on the part of the parties.”

⁴ The maintenance creditor is considered to be a weaker party, see G. RÜHL, “The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy”, in *Journal of Private International Law*, No. 10 (3), 2014, pp. 335 -58, B. ANCEL / H. M. WATT, “Aliments sans frontières. Le règlement CE No 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires” in *Revue Critique de Droit International Privé*, No. 99, 2010, p. 457, 467. However, the Brussels IIa Regulation does not provide any protection for the weaker party like the Maintenance Regulation or Brussels I-bis Regulation (e.g. consumers etc.), see J. BORG-BARTHET, *Jurisdiction in matrimonial matters - Reflections for the review of the Brussels IIa Regulation (Study for the JURI Committee)*, Directorate general for internal policies, policy department citizen’s rights and constitutional affairs, June 2016, p. 19, in this study it is affirmed that the male partner is usually in a better financial position than female in order to procure legal advice, which would lead to choice of a most favourable forum. On the weaker parties in family proceedings see also: Assessment Study, op. cit., pp. 37 - 38.

⁵ See Assessment Study, op. cit., p. 10, the analysis pointed out that citizens are interested in solving the dispute of interrelated family matters in one proceeding. For a similar approach see: D. MACDOUGALL, “Transnational Litigation in Family Matters” in

2. The problem of multiplicity of international legal instruments in the field of family matters is a highly discussed topic. On the EU level, the Brussels IIa Regulation⁶ sets out rules on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in divorce, legal separation or marriage annulment, and in parental responsibility matters. The Rome III Regulation⁷ lays down rules on the law applicable to divorce and legal separation in 16 Member States.⁸ And the Maintenance Regulation⁹ sets out rules on jurisdiction, applicable law, and recognition and enforcement of decisions in matters relating to maintenance obligations by referring to the Hague Protocol.¹⁰ In case of death of one of the spouses, the Succession Regulation¹¹ applies and sets out rules on jurisdiction, applicable law, and recognition and enforcement of decisions. Currently, two new EU regulations on property consequences of matrimonial regimes¹² and registered partnership,¹³ which establish a common framework for applicable law, jurisdiction, recognition and enforcement of the judgments, shall be applicable beginning on 29 January 2019 in 18 Member States.¹⁴ The international conventions adopted under the auspices of the Hague Conference on the Private International Law also regulate rules in different fields of family matters as to the applicable law, jurisdiction, recognition and enforcement of the judgments between contracting states; furthermore, the major part of the contracting states are the Member States.¹⁵ Other multilateral, international conventions on family matters were ratified between non-Member States and thus, do not affect the rules set out in EU regulations.¹⁶ And last, but not least, when the EU regulations, the international conventions, or the bilateral agreements are not applicable, the domestic acts on private international law of the Member State come into play.

N. V. LOWE /G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 63; or G. MOIR / P.R. BEAUMONT, "Brussels Convention II: a new private international law instrument in family matters for the European Union or the European Community?", *European Law Review*, No. 20(3), 1995, p. 9, according to the authors, the ideal solution for the court is a hearing on the divorce connected with matrimonial property and the financial and social aspects relating to children of the marriage.

⁶ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJEU* L 338, 23 December 2003, ("Brussels IIa Regulation").

⁷ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, *OJEU* L 343, 29 December 2010, ("Rome III Regulation").

⁸ Belgium, Bulgaria, Germany, Greece, Spain, France, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Hungary, Malta, Austria, Portugal, Romania, and Slovenia and by Decision (EU) 2016/1366 the Rome III Regulation will be applicable in Estonia from 11 February 2018.

⁹ 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, *OJEU* L 7, 10 January 2009 ("Maintenance Regulation").

¹⁰ Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations.

¹¹ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, *OJEU* L 201, 27 July 2012.

¹² 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, *OJEU* L 183, 8 July 2016 ("Regulation on Matrimonial Property Regimes").

¹³ 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, *OJEU* L 183, 8 July 2016, ("Regulation on Property Consequences of Registered Partnerships").

¹⁴ Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, the Czech Republic, Germany, Greece, Spain, France, Croatia, Italy, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Portugal, Slovenia, Finland, and Sweden.

¹⁵ Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children, (14 Contracting states, 10 of them are EU Member States), on the status table see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=37>; Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children (20 Contracting states, 14 of them are EU states), on the status table see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=38>; Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations, (24 Contracting states, 18 of them are EU Member States), on the status table see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=85>. Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, (15 Contracting states, 12 of them are EU Member States), on the status table see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=86>; Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, (46 Contracting states, all EU Member States have ratified it), on the status table see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>, Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, (35 Contracting states, in 2014 was ratified by the EU).

¹⁶ e.g., Inter-American Convention on Support Obligations, on the contracting states see: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-54.html>.

3. As a consequence of the multiplicity of legal instruments impacting different topics of family life, the specific aspects governing the dispute must be evaluated. First, the questions of applicable law and jurisdiction need to be analysed and separated. Secondly, it must be properly determined if the claim falls within the scope of a specific legal instrument. At that moment, the qualification problem of legal categories must be faced, which arise not only in relation with third States in the presence of international conventions, but also in purely EU disputes due to the fragmentation of EU legislation.¹⁷ Although the EU regulations in family matters contain definitions of certain notions¹⁸, there is a need for autonomous interpretation.¹⁹ Thus, it is not always possible to prevent the difficulties connected with the qualification and delineation between regulations and specific legal concepts in practise within Member States.²⁰

4. The aim of this article is not to analyse only the interplay between the current jurisdictional rules on divorce, parental responsibility, maintenance obligations, and property consequences of matrimonial regimes and registered partnerships within the EU regulation.²¹ This article will also assess whether such jurisdictional rules provide for a clear legal framework in different fields of family life in the EU, and if the rules are comprehensible for individuals without any legal background. Secondly, this article will concern the question of “false parallel proceedings” of correlated family matters, *i.e.*, the need to seise multiple Member States by virtue of the rules established by the EU regulations, even if one family “package” would be a reasonable solution. Thirdly, the mixed application of the respective jurisdictional rules laid down in different EU regulations and national legislation will be tested for their functionality. The application of EU rules will be examined on the basis of case law and national legislation of two preselected Member States - Slovakia and Czech Republic. The Slovak legal system requires courts to hear all of the interrelated family questions in a unique proceeding. According to Czech Law, the previous determination of custody rights and maintenance obligation toward the children is a precondition for issuing a subsequent judgment for divorce. Finally, possible solutions will be considered and proposed.

¹⁷ The problem of qualification developed already in the 19th century by F. KAHN, “Gesetzkollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts” in *Jherings Jahrbücher*, No. 30, 1891 and E. BARTIN, “De l’impossibilité d’arriver à la suppression définitive des conflits de loi” in *Journal de droit international privé*, Clunet, No 24, 1897, pp. 225.

¹⁸ See *e.g.*, Article 2 of the Brussels IIa Regulation or Maintenance Regulation.

¹⁹ See ECJ 20 March 1997, *Jackie Farrell*, C295/95, ECLI:EU:C:1997:168; 2 April 2009, *A*, C523/07; 16 July 2009, *Hadadi*, C168/08, ECLI:EU:C:2009:474; 9 November 2010, *Purrucker*, C296/10, ECLI:EU:C:2010:665; 6 December 2010, *Mercredi*, C497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829.

²⁰ See B. HESS in B. HESS; T. PFEIFFER; P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001: the Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 member states; (study JLS/C4/2005/03)*, München, Beck, 2008, p. 25 (“Heidelberg Report”), the author pointed out difficulties concerning the distinction between maintenance proceedings and proceedings concerning the matrimonial property regime. On the general interpretation of the concept concerning maintenance matters see: *Report by Professor Dr Peter Schlosser on the Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, OJEC C 59, 5 March 1979*, paras 91-97 (“Schlosser Report”). See also I. VIARENGO, “Rapporto sull’applicazione in Italia del regolamento (CE) n. 4/2009, del 18 dicembre relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari” in S. BARIATTI, I. VIARENGO, AND F. C. VILLATA (eds.), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 406. In Italy, the notion of maintenance obligations specified in Article 433 of the Italian Civil Code is narrower than the autonomous notion used in the Maintenance Regulation. However, according to the actual Italian case law, the maintenance obligation of the Maintenance Regulation includes the legal concept of “alimony” (“*alimenti*”), “maintenance” (“*mantenimento*”), and the divorce contribution (“*assegno divorzile*”). In detail, see *Corte di Cassazione*, 24 July 2003 No 1152, regarding the necessity to interpret the notion of maintenance autonomously, or on the specific issues which should be covered by the Maintenance Regulation; *Tribunale di Belluno*, 30 December 2011, EUFam’s number: ITF20111230; *Tribunale di Roma*, 5 November 2013, EUFam’s number: ITF20131105; *Tribunale di Belluno*, 12 November 2013, EUFam’s number: ITF20131112 and 23 December 2014, EUFam’s number: ITF20141223. In Spain, maintenance between ex-spouses does not have a maintenance nature under Spanish substantive law, but it is included in international matters; in this regard see the judgment of *Audiencia Provincial Barcelona*, 8 April 2014, No. 260/2014, EUFam’s number: ESS20140408; *Audiencia Provincial Barcelona*, 12 November 2013, No. 777/2013, EUFam’s number: ESS20131112; *Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife* 7 October 2011, No. 429/2011, EUFam’s number: ESS20111007.

²¹ The aim of the article is to examine the jurisdictional rules contained in the EU regulations, but not in international conventions in family matters. Also, the applicable law is not the subject of examination by this article.

II. Grounds of Jurisdiction Established by the EU Regulations

5. In order to proceed with the considerations in this article, it is opportune to remember the grounds of jurisdiction on: (i) divorce; (ii) parental responsibility laid down by the Brussels II, a Regulation with reference to amendments proposed by the Commission in June 2016;²² (iii) maintenance obligations laid down by the Maintenance Regulation; and (iv) property regimes laid down by new Regulations on Property Regimes.²³

1. Jurisdiction over Divorce according to the Brussels IIa Regulation

6. Article 3 of the Brussels IIa Regulation contains a general jurisdictional rule on divorce, legal separation, and marriage annulment. Six out of seven jurisdictional grounds are based on habitual residence.²⁴ In particular, jurisdiction might be based on: the spouses' common, habitual residence; the spouses' common, last habitual residence, insofar as one of them still resides there; the respondent's habitual residence; in the event of a joint application, the habitual residence of either of the spouses; the applicant's habitual residence, if he or she resided there for at least a year immediately before the application; and the applicant's habitual residence, if he or she resided there for at least six months immediately before the application and is a national of the Member State in question. The fifth and sixth indent of Article 3, lett. a), was the subject of discussion because of the possible easy abuse by the parties.²⁵ The last jurisdictional ground is based on the *forum patriae communis* of EU nationals, may have a minimum real connection with the case, and might fragment jurisdiction.²⁶

7. All seven alternative jurisdictional grounds established in Article 3 have been criticized, since no hierarchy between them has been adopted and are too claimant friendly.²⁷ A lack of uniformity in choice-of-law rules causes *forum shopping* and provides a mechanism for a party to choose the applicable law.²⁸ The plaintiff's possibility to choose the forum due to the *lis pendens* rule often results in

²² Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM(2016) 411 final, 30 June 2016, ("Proposal of the Brussels IIa Regulation").

²³ Regulation on Matrimonial Property Regimes and Regulation on Property Consequences of Registered Partnerships collectively referred as "Regulations on Property Regimes" shall apply from 29 January 2019, thus considerations in this regard will be limited.

²⁴ The Brussels IIa Regulation does not contain any definition of habitual residence; on the autonomous concept of habitual residence of the child see ECJ, *A*, C-523/07, op. cit., or *Mercredi*, C-497/10 PPU, op. cit.

²⁵ See Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (approved by the Council on 28 May 1998) prepared by Dr Alegría Borrás, *OJEC* C 221, 16 July 1998, para. 32 ("Borrás Report"); D. HODSON, "What is jurisdiction for divorce in the EU? The contradictory law and practice around Europe.", *IFL*, September 2014, pp. 170; R. BARATTA, "Lo scioglimento del vincolo coniugale nel diritto comunitario", in S. M. CARBONE, I. QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 182, according to the author it would not be unreasonable to eliminate these two connecting factors since they do not represent a real connection with matrimonial life.

²⁶ On the criticism of nationality principle see: B. HESS, "Die Verordnung Nr. 4/2009/EG zum Unterhaltsrecht" in C. SCHMIDT (ed), *Internationale Unterhaltsrealisierung*, Nomos, 31, § 1 para 11 n 33, 2011. On problems regarding dual citizenship, see ECJ, *Hadadi*, C-168/08, op. cit., or S. BARIATTI, "Multiple Nationals and EU Private International Law - Many Questions and Some Tentative Answers." in *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 1 -19 or T. KRUGER / J. VERHELLEN, "Dual Nationality = Double Trouble?", in *Journal of Private International Law*, No. 7, 2011, pp. 601 -626.

²⁷ An explanation on the lack of hierarchy see: Borrás Report, op. cit., para. 28, or the Opinion of Advocate General Kokott, 12 March 2009, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:152, paras 58, 59, confirming the flexible choice of jurisdiction. For the need of establishment of a hierarchy between jurisdictional grounds, see Responses to the Questionnaire of EUFam's available at: <http://www.eufams.unimi.it/2017/06/01/report-outcomes-online-questionnaire/> (accessed on 6 June 2017), almost 62% of respondents answered that the efficacy of Article 3 of the Brussels IIa Regulation should be improved by establishing a hierarchy among the existing grounds; see also G. MOIR, P.R. BEAUMONT, "Brussels Convention II: a new private international law instrument in family matters for the European Union or the European Community?", op. cit. p. 11, according to the authors, a possible solution would be introducing a hierarchy of rules, starting out with the habitual residence of both parties and gradually decreasing.

²⁸ However, as already mentioned, the Rome III Regulation is applicable only in 16 Member States.

abusive procedural tactics known as the “rush to court”.²⁹ Rome III Regulation may be perceived as a partial solution to abusive procedural tactics, or, on the contrary, may increase such tactics.³⁰

8. Other jurisdictional grounds are regulated in Article 4 relating to counterclaims and in Article 5 relating to conversion of legal separation into divorce. Article 7 of the Brussels IIa Regulation on residual jurisdiction refers to the national rules if no court of a Member State has jurisdiction pursuant to Articles 3, 4, and 5 of the Regulation. The Commission proposed to delete the division between Article 6 and 7, which posed many interpretative issues.³¹ But unfortunately *forum necessitatis*, or ensuring access to Member State court for a spouse who lives in a third State, which retains strong links with a certain Member State (e.g., nationality or habitual residence lasting for a certain period), was not introduced.³² Other jurisdictional rules on divorce will remain unchanged, since the Proposal on the Brussels IIa Regulation maintains the *status quo*.³³ As a consequence, problems regarding abusive legal tactics connected with *forum shopping* will remain unresolved for now. Also, requests by Member States to introduce into the Brussels IIa Regulation the choice-of-court agreement for divorce proceedings has not been heeded in the Proposal.³⁴

2. Jurisdiction over Matters of Parental Responsibility according to the Brussels IIa Regulation

9. On the contrary, Article 8 of the Brussels IIa Regulation provides for only one jurisdictional ground in parental responsibility matters. In particular, the connecting factor is habitual residence of the child at the time the Member State court is seised.³⁵ This rule should ensure that the most appropriate Member State court is seised in accordance with the principle of the best interest of the child, based on the proximity criterion. The Commission proposed to abolish *perpetuatio fori* in Article 8 (Article 7 of the Proposal). According to the Commission, this action should deepen the proximity principle in case of a lawful relocation of the child,³⁶ but the European Parliament’s Committee on Legal Affairs proposed to move *perpetuatio fori* back.³⁷

²⁹ On *forum shopping* in family matters and the “rush to court” see e.g. ECJ, *Hadadi*, op. cit., para. 57; M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, “Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflection from a Common Law Perspective”, in *ICLQ*, n. 59, 2010, pp. 1021 -1053; M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, *Cross-border divorce law. Brussels II bis*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 149; J. MEEUSEN, “System shopping in European private international law in family matters” in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2007, pp. 239; N. DETHLOFF, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe” in K. BOELE-WOELKI, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen - Oxford - New York, Intersentia, 2003, pp. 51.

³⁰ A. BONOMI, “Litigation in family matters: is it possible to reconcile uniformity and application of *lex fori*?”, in *IFL*, March 2012, pp. 11, according to the author the jurisdictional grounds contained in Article 3 of the Brussels IIa Regulation are same as in the Rome III Regulation; as a consequence the court may apply *lex fori* that will encourage even more *forum shopping*. See also M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Unification of international family law in Europe”, in K. BOELE-WOELKI, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen - Oxford - New York, Intersentia, 2003, pp. 207.

³¹ See Article 6 of the Proposal of the Brussels IIa Regulation The interpretation problem arises in connection with the case of ECJ, 29 November 2007, *Sundelind Lopez*, C-68/07, ECLI:EU:C:2007:740.

³² See Article 6 of the Proposal of the Brussels IIa Regulation. See also A. NUYTS, *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, 6 July 2007, para 124-127 where it is pointed out that in 13 Member States citizenship is not a valid ground of jurisdiction. During the national EUFam’s conferences, it was proposed to replace Article 7 with a *forum necessitatis* rule, see e.g. German report on good practises, p. 3, available at: <http://www.eufams.unimi.it/2017/01/10/german-report-on-good-practices>, (accessed on 17 May 2017).

³³ Proposal of the Brussels IIa Regulation, p. 10.

³⁴ See Assessment Study, op. cit., p. 12, the study highlighted the fact that 139 of 163 respondents complained that the Brussels IIa Regulation does not contain a rule enabling the possibility to designate the court by the spouses for divorce.

³⁵ The ECJ did not provide an interpretation as to the habitual residence of the spouses.

³⁶ See Recital No 15 and Article 7 of the Proposal of the Brussels IIa Regulation.

³⁷ The Draft Report on the proposal for a Council regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (COM(2016)0411 - C8-0322/2016 - 2016/0190(CNS)), 9 May 2017.

10. Exceptions to the general rule can be found in: Article 9 dealing with the child's previous habitual residence; Article 10 dealing with child abduction; and Article 12 dealing with prorogation of jurisdiction. Sometimes other Member State courts appear to be better placed, such as in Article 13 concerning the presence of the child, or pursuant to Article 14 concerning residual jurisdiction, or finally under Article 15 concerning the transfer of the case to better placed Member State court; as a consequence, Member State courts may establish jurisdiction by virtue of these provisions. The Commission has not presented significant changes in the Proposal regarding parental responsibility matters.³⁸

3. Jurisdiction over Maintenance according to the Maintenance Regulation

11. Maintenance and other financial matters are excluded from the scope of the Brussels IIa Regulation and rules on jurisdiction are contained in the Maintenance Regulation. The jurisdictional grounds laid down in Articles 2 and 5 n. 2 of the Brussels I Regulation³⁹ gave rise to Article 3 of the Maintenance Regulation with some exceptions.⁴⁰ The Maintenance Regulation provides for four jurisdictional grounds in Article 3. The first two jurisdictional grounds set out in letters a) and b) of Article 3 refer to the habitual residence of the defendant and creditor. Another two jurisdictional grounds refer to the situation when maintenance is ancillary to the proceedings as to the *status* of a person (Article 3 lett. c)) or as to the parental responsibility (Article 3 lett. d)), unless that jurisdiction is based solely on the nationality of one of the parties. Thus, a Member State court, which has established jurisdiction for divorce or parental responsibility, may entertain proceedings also for maintenance matters. However, the hierarchy between the jurisdictional grounds contained in Article 3 of the Maintenance Regulation is not as well determined like in Article 3 of the Brussels IIa Regulation – the choice of the competent Member State courts by a maintenance creditor should result in the most favourable court by virtue of principle *a favore creditoris*.

12. Besides these four jurisdictional grounds set out in Article 3, the spouses may conclude choice-of-court agreements in favour of other Member States. Protection of the maintenance creditor is guaranteed by the limitation of party autonomy. The choice of court is enabled in favour of Member States where a specific connecting factor occurs (habitual residence, last habitual residence, or nationality),⁴¹ and is excluded regarding a maintenance obligation towards a child under the age of 18.⁴² Moreover, the Member State may establish jurisdiction upon appearance of the defendant (Article 5),⁴³ or in cases when proceedings cannot be reasonably brought in a third State (Article 7 – *forum necessitatis*), or may establish so-called *subsidiary jurisdiction* based on the common nationality of the spouses upon fulfilment of the requirements established by Article 6.⁴⁴

³⁸ Proposal on Brussels IIa Regulation, p. 10, admits that: “With regard to parental responsibility matters, the preferred option is for an EU intervention as motivated by the scale and urgency of the problem.”

³⁹ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJEC* L 12, 16 January 2001, (“Brussels I Regulation”).

⁴⁰ On jurisdictional grounds provided for in Article 5 n. 2 of the Brussels I Regulation and Proposal on the Maintenance Regulation see: I. VIARENGO, “La disciplina comunitaria delle obbligazioni alimentari e il rapporto con la nuova normativa convenzionale” in S. M. CARBONE, I. QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 364.

⁴¹ U.P. GRUBER, “Die neue EG-Unterhaltsverordnung” in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, No. 2, 2010, p. 128-139.

⁴² See G. RÜHL, “The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy”, *op. cit.*, pp. 348.

⁴³ A child, as a maintenance creditor, is protected from concluding a choice-of-court agreement; however a rule on submission of appearance is applied also in disputes concerning child maintenance allowance.

⁴⁴ On the jurisdictional grounds established by the Maintenance Regulation in more details see: F. POCAR, “La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009” in M. C. BARUFFI, R.C. PANICO, *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni.*, Milano, Cedam, 2009, pp. 5; F.C. VILLATA, “Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009”, *Rivista di Diritto Internazionale*, No. 2011, pp. 731 - 777; F. POCAR, I. VIARENGO, “Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari”, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, No. 4, 2009, pp. 805-829.

4. Jurisdiction over Property Regimes according to the Regulation on Matrimonial Property Regimes and on Property Consequences of Registered Partnerships

13. Two regulations - Regulation on Matrimonial Property Regimes and Regulation on Property Consequences of Registered Partnerships implement enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law, and the recognition and enforcement of decisions involving the property regimes of international couples. These regulations cover both matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships and shall apply in 18 Member States after 29 January 2019.⁴⁵

14. The Regulation on Matrimonial Property Regimes lays down several rules concerning jurisdictional grounds.⁴⁶ In the first place, the jurisdiction of the matrimonial property regime follows the jurisdiction for divorce under the Brussels IIa Regulation.⁴⁷ This does not apply when a Member State court established jurisdiction according to the fifth or sixth indents of Article 3, par. 1, lett. a), 5 or 7 of the Brussels IIa Regulation; however, in such cases the concentration of divorce and matrimonial property proceedings is possible upon agreement of the spouses.⁴⁸ Moreover, *electio foris* is permitted in favour of a court of another Member State, such as the place of conclusion of the marriage⁴⁹ or the place whose law is applicable to the dispute and guarantees conformity between *ius* and *forum*.⁵⁰ When jurisdiction cannot be established in accordance with previous articles or in other cases, Article 6 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes provides for the following hierarchy of jurisdictional grounds: the spouses' habitual residence; the spouses' last habitual residence, if one of them still resides there; the respondent's habitual residence; and the spouses' common nationality. The jurisdictional grounds correspond to the first three indents of Article 3 par. 1, lett. a) and lett. b), but the last three indents of the Brussels IIa Regulation are not included. This hierarchical list of jurisdictional grounds is not completely in line with the Brussels IIa Regulation, and provides for alternative fora. This approach might lead to proceedings in front of different venues for the matrimonial property regime versus the divorce.

15. The Regulation on Property Consequences of Registered Partnerships provides for similar rules.⁵¹ However, the concentration of proceedings for the dissolution and annulment of registered partnerships and for liquidation and division of property is possible only upon common agreement.⁵² Other jurisdictional grounds practically mirror the provision of the Regulation on Matrimonial Property Regimes with two exceptions: when there is a choice of court, the parties may designate also the courts

⁴⁵ Some Member States indicated difficulties accepting the Proposal on Property Consequences of Registered Partnerships. On 3 December 2015, the Council stated that unanimity was not possible within a reasonable time, but 17 Member States between December 2015 and February 2016 expressed willingness to establish enhanced cooperation. Cyprus expressed on 18 March 2016 its wish to participate in the establishment of enhanced cooperation. Estonia announced its intention to take part in the cooperation after its adoption.

⁴⁶ On the comments to the proposal to Regulations on Property Regimes see I. VIARENGO, "The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes - Some General Remarks", *Yearbook of Private International Law*, Sellier European Law Publishers, No 13, 2011, pp. 199-215; on the first overlook of jurisdictional grounds established by Regulations on Property Regimes see S. MARINO, "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: The Patrimonial Effects of Family Relationships", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, No 1, 2017, pp. 265-284.

⁴⁷ Article 5, par. 1 of Regulation on Matrimonial Property Regimes.

⁴⁸ Article 5, par. 2 of Regulation on Matrimonial Property Regimes.

⁴⁹ Article 7 of Regulation on Matrimonial Property Regimes.

⁵⁰ The parties may designate a court of the Member State whose law is applicable, pursuant to Article 22 on choice of law, or failing a choice of law, Article 26, para 1 lett. a) or b) applies. The articles refer to: the law of the State where the spouses, future spouses, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded (Article 22, para 1, lett. a); the law of a State of nationality of either spouse or future spouse at the time the agreement is concluded (Article 22, para 1, lett. b)); the law applicable to the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage (Article 26, par. 1, lett. a)); and the law applicable to the spouses' common nationality at the time of the conclusion of the marriage (Article 26, par. 1, lett. b)).

⁵¹ On the Proposal on the Property Consequences of Registered Partnerships see C. G. BEILFUSS, "The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships" in *Yearbook of Private International Law*, Sellier European Law Publishers, No 13, 2011, pp. 183-198.

⁵² Article 5 of the Regulation on Property Consequences of Registered Partnerships.

of the Member State under whose law the registered partnership was created;⁵³ and in the absence of a choice of court, the last jurisdictional ground is added to the end of hierarchical list and refers to the law where the partnership is registered.⁵⁴

16. Furthermore, both Property Regimes Regulations provide for other jurisdictional grounds based on the appearance of the defendant (Article 8), alternative jurisdiction (Article 9), subsidiary jurisdiction (Article 10), and also for *forum necessitatis* (Article 11).

5. The Interplay between Jurisdictional Grounds on Divorce, Parental Responsibility, Maintenance, and Matrimonial Property Regimes

17. The diversity of jurisdictional grounds in divorce, parental responsibility, maintenance matters, and matters concerning property consequences of marriage and registered partnerships may result in proceedings in multiple Member States for interrelated family matters. This chapter will analyse the possible scenarios in this regard and demonstrate the complexity that results when a number of Member State courts are seised in family matters.

Julia and Michael, Austrian nationals, (Julia has dual citizenship - Spanish and Austrian) met in Italy and they stayed there after their studies. They got married during their holiday in Paris and they gave birth to Anna (Anna has Spanish and Austrian citizenship as well). Afterwards, Julia moved back to Spain with Anna, but Martin moved for work to Germany (both spouses lived in these respective countries for 1 year). The marriage did not go well and motions for divorce, parental responsibility, maintenance obligation, and liquidation of matrimonial property regime were filed.

The subsequent table shows the number of potentially seised Member State courts.

	Austria	Spain	Germany	Italy	France
DIVORCE (Brussels IIA Regulation)	General rule: Art 3 par 1 lett. b)	General rule: Art 3, par 1 lett. a) 3rd, 4th, 5th or 6th indent	General rule: Art 3 par 1 lett. a) 3rd, 4th or 6th indent		
PARENTAL RESPONSIBILITY (Brussels IIA Regulation)	Prorogation of jurisdiction: Art 12 Transfer to the court: Art 15	General rule: Art 8	Prorogation of jurisdiction: Art 12 Transfer to the court: Art 15	Transfer to the court: Art 15	
MAINTENANCE BETWEEN SPOUSES (Maintenance Regulation)	General rule: Art 3 lett. c) Choice of court: Art 4 lett. b), c) 1st indent	General rule: Art 3 lett. b) or c) Choice of court: Art 4 lett. a), b), c) 1st indent	General rule: art 3 lett. a) or c) Choice of court: Art 4 lett. a), c) 1st indent	Choice of court: Art 4 lett. c) 2nd indent	
MAINTENANCE TOWARDS A CHILD (Maintenance Regulation)		General rule: Art 3 lett. b) or d)	General rule: Art 3 lett. a)		

⁵³ Article 7 of the Regulation on Property Consequences of Registered Partnerships.

⁵⁴ Article 6, lett. e) of the Regulation on Property Consequences of Registered Partnerships.

	Austria	Spain	Germany	Italy	France
PROPERTY REGIME (Regulation on Matrimonial Property Regimes)	General rule: Art 5 par 1 Choice of court: Art. 7 referring to Art 22 lett. b) if the parties choose Austrian law	General rule: Art 5 par 1 (if divorce is based on Art 3 par 1 lett. a) 3rd or 4th indent of BIIa) General rule + agreement: Art 5 par 2 lett. a) or b) (if divorce is based on Art 3 par 1 lett. a) 5th or 6th indent of BIIa) -> in absence of agreement: Art 6 lett. c)	General rule: Art 5 par 1 (if divorce is based on Art 3 par 1 lett. a) 3rd or 4th indent of BIIa) General rule + agreement: Art 5 par 2 lett. a) (if divorce is based on art 3 par 1 lett. a) 5th indent of BIIa) -> in absence of agreement: Art 6 lett. c)	Choice of court: Art 7 referring to Art 26 lett. a) if the parties choose Italian law	Choice of court: Art 7 (place of conclusion of marriage)

18. One of three potentially competent Member State courts (Austria, Spain, and Germany) may be seised for divorce; but which of these three Member State courts will establish jurisdiction depends mainly on the will of one of the spouses. Thus, the time factor plays a significant role and such *forum shopping* may lead to “rush to court” tactics.

19. Custodial proceedings might be conducted only in Spain. The competent Spanish forum for parental responsibility matter does not have to coincide with a forum for divorce (here, Austrian or German). As a result, it would be necessary to file two legal actions in front of different Member States occurs. Thus, Articles 12 and 15 of the Brussels IIa Regulation are the unique, effective solutions for concentrating the proceedings in divorce and parental responsibility matters. However, the Brussels IIa Regulation does not contain an opposite rule enabling parties to seise a Member State court for divorce proceedings in a Member State court competent for parental responsibility matters, which would guarantee the hearing of the case in a Member States court in accordance with the best interest of child based on the proximity principle. As a consequence, the “centre” of both proceedings becomes the Member State court competent for divorce by virtue of Article 12 or 15 of the Brussels IIa Regulation.

20. As to the relationship between maintenance, divorce, and parental responsibility proceedings, it must be highlighted that maintenance proceedings often follow the proceedings for parental responsibility matters or divorce in accordance with Article 3, lett. c) or lett. d) of the Maintenance Regulation. This means that if an Austrian, Spanish, or German court is seised for divorce, the same Member State courts may have jurisdiction for maintenance obligations between the spouses, and the Spanish court might establish jurisdiction for maintenance obligation towards a child. However, the commencement of the maintenance proceedings in a Member State court different from a Member State court competent for parental responsibility, or even for divorce in accordance with Article 3, lett. a) or lett. b) of the Maintenance Regulation, comes into play as well. As a consequence, three different competent Member State courts might be seised in this stage - jurisdiction for divorce might lie in an Austrian court, for parental responsibility in a Spanish court, and for maintenance in a German court. On the other hand, Article 3 of the Maintenance regulation is friendly to creditors and respects the will of the maintenance creditor. However, a questionnaire conducted within the framework of EUFam’s project,⁵⁵ which was distributed to practitioners and academics from 17 Member States, found that the most fre-

⁵⁵ See Answer to the question no 15 of Report on the outcomes of the online questionnaire of EUFam’s available at: <http://www.eufams.unimi.it/2017/06/01/report-outcomes-online-questionnaire/> (accessed on 5 June 2017).

quent jurisdiction that was expressly referred to and applied in practise was Article 3, lett. a) (73,21% selected and utilized the respondent's habitual residence). Thus, it is important to pose a question – why does a maintenance creditor have an interest in filing a motion in front of non-home forum? This may be because the maintenance creditor was sufficiently informed in order to predict potential favourable legal consequences of commencing proceedings in a court of debtor's habitual residence, taking into consideration application of the law of the forum according to Article 4 par. 2 of the Maintenance Protocol. Or it may be due to the lack of knowledge or information of the maintenance creditor as the potential weaker party and insufficient financial resources in order to obtain qualified information, due to causing application of Article 3, lett. a) in connection with Article 4 par. 2 of the Maintenance Protocol. Furthermore, an Italian court may also establish jurisdiction by common agreement of the spouses for spousal maintenance allowance.

21. The jurisdictional grounds for matters of matrimonial property regimes seem to be more complicated for non-practitioners.⁵⁶ In the majority of cases, the forum of matrimonial property regimes matters follows forum for divorce in accordance with Article 5, par. 1 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes. In our example, the Austrian court competent for divorce, in accordance with Article 3, par. 1, lett. b) of the Brussels IIa Regulation, or the German or Spanish courts competent for divorce, in accordance with Article 3 par 1 lett. a) 3rd or 4th indent of Brussels IIa Regulation, will be competent automatically for the dissolution and liquidation matrimonial property regimes. However, if divorce proceedings are commenced in a Member State according to the fifth or sixth indent of Article 3, par. 1, lett. a), then the agreement of the spouses is required in order to seize the same Member State court (*i.e.*, German or Spanish courts) for the dissolution and liquidation matrimonial property regimes. Moreover, besides an agreement on jurisdiction in favour of German or Spanish courts, the spouses may also agree on Austrian or Italian courts, or if *lex fori* applies, on French court representing the place of the conclusion of marriage. When an agreement of the spouses by virtue of Articles 5 or 7 is not possible, then the hierarchical scale of the jurisdictional ground determines the competent court by virtue of Article 6. In our specific case, whether jurisdiction will lie in German or Spanish courts will be dependent on which spouse files an action as the first because the respondent enjoys a better position ensured by Article 6, lett. c). The system of jurisdictional grounds provided in the Regulation on Matrimonial Property Regimes does not seem to be simple and comprehensible for affected individuals. Time will reveal if the application of jurisdictional grounds cause problems in practise even for legal practitioners.

22. It is evident from the table that up to five Member State might be seized in order to decide all aspects of family life. However, such a scenario is not very probable, since common agreement of the spouses would be required in favour of two different Member State courts. It seems more likely that proceedings in two or three Member State courts might take place quite often in practise for interrelated family matters. It must be stressed that choice has a decision role for one of seven jurisdictional grounds for divorce established in Article 3 of the Brussels IIa Regulation in order to concentrate divorce forum with other “linked” proceedings - proceedings concerning maintenance between the spouses and matrimonial property regimes. Moreover, when one of the exceptions to the general rule on parental responsibility set out in Article 12 or 15 of the Brussels IIa Regulation applies, the divorce proceedings may be joined with parental responsibility proceedings. As a consequence, jurisdiction on child maintenance may “pass” on a court that has jurisdiction in divorce through application of Article 12 or 15 of the Brussels IIa Regulation in connection with Article 3 d) of the Maintenance Regulation. Such a result can be reached only in the presence of a jurisdictional agreement on custody and if the maintenance creditor

⁵⁶ On the interaction among the proposals on Regulations on Property Regimes and other EU instruments see: A. BONOMI, “The Interaction among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions” in *Yearbook of Private International Law*, Sellier European Law Publishers, No 13, 2011, pp. 217-232. B. C. DIAZ, “The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes” in *Yearbook of Private International Law*, Sellier European Law Publishers, No 13, 2011, pp. 233-254. J. GRAY / P. Q. REDONDO, “Stress-Testing the EU Proposal on Matrimonial Property Regimes: Co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession”, in *Family & Law November*, 2013, DOI: 10.5553/FenR/000011.

chooses to connect all family proceedings. The doubts derive from the question on the most appropriate forum – is the divorce venue best placed to hear a case on parental responsibility, subject to a critique on the existence of certain jurisdictional grounds for divorce and creating abusive procedural tactics?

III. Coherence with Domestic Law

23. It is not surprising, that still sometimes the Member State courts apply immediately national rules without previous examination of jurisdiction on the basis of EU regulations.⁵⁷ Some Member State courts also concentrate divorce, maintenance obligations and parental responsibility matters in the same proceedings for divorce according to the Brussels IIa Regulation, i.e. divorce proceedings is extended to the maintenance or parental responsibility matters.⁵⁸

24. However, the aim of this article is not to analyse all underlined problems connected with application of EU regulations in front of the Member States, but to test the functionality of the EU regulations on different aspects of family life, resulting in commencement of interrelated proceedings in multiple Member States, and their coherence with national procedural law. The endurance test of proper application of jurisdictional rules on divorce, parental responsibility, maintenance, and property regimes resulting in proceedings in multiple Member States will be provided through simultaneous application of domestic rules of the Member State. Two types of domestic rules will be examined: one requires all family matters to be heard in a single “package” (Slovakia); and the other is a Member State where a previous determination of custody rights serves as a condition for issuing a judgment for divorce (Czech Republic).

1. Slovakia

24. According to Slovak law, matters relating to divorce, maintenance, and parental responsibility have to be decided in unique proceedings. Article 24, par. 1 of the Act No 36/2005 Coll. on Family law provides:

*The court shall determine parental rights and responsibilities toward the child for a time after the divorce in the judgment for divorce, in particular the court shall determine in such judgment who has custody rights over a child and who represents and administers child's assets. Simultaneously, the court shall approve the parents' agreement on maintenance obligation or shall order maintenance to a parent whom a child was not entrusted into the personal care.*⁵⁹

In other words, when the spouses have children, the court is always obliged to determine custody and visitation rights regarding a child and child maintenance before issuing a judgment for divorce. Thus, a custody order and judgment for child maintenance allowance are conditions for a subsequent judgment for divorce. Moreover, Article 100 of Act No 161/2015 on Civil Procedure expressly provides that proceedings for determination of parental responsibility after the divorce is connected with the divorce proceedings.⁶⁰

25. By virtue of EU legal instruments on family matters prevailing over the national-law rules, the Slovak courts are often obliged to exclude certain family matters (parental responsibility, mainten-

⁵⁷ Immediate application of national rules without previous examination of jurisdiction on the basis of EU regulations may be named as examples, see: Judgment of: *Audiencia Provincial Barcelona*, 4 February 2015, 53/2015, EUFam's number: ESS20150204; *Audiencia Provincial Islas Baleares*, 2 March 2015, 77/2015, EUFam's number: EES20150302; *Audiencia Provincial Barcelona*, 20 October 2015, 661/2015, EUFam's number: ESS20151020.

⁵⁸ Judgment of *Audiencia Provincial Barcelona*, 18 July 2013, 551/2013, Eufam's number: ESS20130718. The court correctly established jurisdiction for divorce according to Article 3 par. 1 of the Brussels IIa Regulation, but did not make any reference to jurisdiction over maintenance and parental responsibility.

⁵⁹ Informal translation was provided by the author for the purpose of this article.

⁶⁰ Act No 99/1963 on Civil Procedure was replaced on 1 July 2016 by Act No 161/2015 on Civil Procedure. Article 100 of Act No 161/2015 on Civil Procedure and is identical to Article 113 of the Act No 99/1963 on Civil Procedure.

ce, etc.) from a single hearing. However, separation of proceedings from unique family proceedings is not known to Slovak law. As a consequence, the practice of Slovak courts experience difficulties arising from a “split” of the proceedings and tend to concentrate divorce and parental responsibility into the same proceedings; or, on the contrary they declare lack of jurisdiction when the concentration of jurisdiction in all subject matters is not possible.

26. The judgment of *Krajský súd Bratislava* dealt with the problem of a split of the maintenance matter from the “unique family proceedings”.⁶¹ Both parties of the proceedings were Slovak citizens, but the mother and child were habitually resident in Hungary and the father in Slovakia. The Slovak court was seised for the divorce. The applicant was invited by the court to complement the action for divorce with an action for child maintenance.⁶² *Okresný súd Bratislava II*, as the court of first instance, by virtue of Slovak law, required the concentration of jurisdiction on both matters, and thus declared a lack of jurisdiction in both the divorce and parental responsibility matters. The court came to this conclusion even though jurisdiction over the divorce was with the Slovak court, according to Article 3 par. 1 lett. a) and 3 par. 1 lett. b) of the Brussels IIa Regulation.⁶³ The *Krajský súd Bratislava*, as a court of appeal, correctly annulled the decision of the court of first instance and referred the case back for further consideration.⁶⁴ According to the opinion of court of appeal, the EU regulations had priority over the national law and therefore, the court of first instance was not allowed to decline jurisdiction regarding divorce only due to the lack of jurisdiction in parental responsibility matters.

27. However, as to the maintenance the Slovak court of appeal stated:

*...determination of child support obligation must precede the custody order... In case that previous custody order is absent, it is not possible to determine which parent is obliged to pay child support since it is not apparent which parent has child custody right. The appellant cannot have knowledge who is obliged to pay child maintenance, i.e. who is defendant, since custody order is absent.*⁶⁵

In this regard, it is opportune to deal with a question on the notion of maintenance creditor and debtor, and if a judgment on child support should precede the custody order.

28. The question was partially answered by the ECJ in case C-295/95, *Jackie Farrell v James Long*⁶⁶ which interpreted the term “maintenance creditor” in Article 5 n. 2 of the Brussels Convention.⁶⁷ The court stated that “maintenance creditor” must be interpreted autonomously and “covers any person applying for maintenance, including a person bringing a maintenance action for the first time...”⁶⁸ without

⁶¹ *Krajský súd Bratislava*, 13 January 2014, 11 CoP/326/2013, EUFam’s number: SKS20140113.

⁶² As quoted above, Article 24 of Family Act provides that custody and visitation rights and maintenance must be determined in the judgment concerning divorce. In the judgment, a reference is made to *Krajský súd Trnava*, 17 December 2012, 10 NcC/28/2012, however this decision is not available.

⁶³ The court of first instance failed to identify jurisdiction in child maintenance, pursuant to the Maintenance Regulation.

⁶⁴ See opposite approach of the Slovak court in *Krajský súd Bratislava*, 30 September 2011, 5 Co 414/2011, EUFam’s number: SKS20110930. *Krajský súd Bratislava* expressly stated that as a consequence of the necessity to provide for the unique proceedings in accordance with Slovak family law, and due to the fact that jurisdiction according to Article 3, par. 1, lett. b) of the Brussels IIa Regulation is with the Slovak courts as well as with Austrian court according to Article 3, par. 1, lett. a) of the Brussels II a Regulation, an Austrian court may establish jurisdiction also for parental responsibility; then, the Slovak courts are entitled to declare lack of jurisdiction since there is another Member State court that may decide the dispute.

⁶⁵ *Krajský súd Bratislava*, 13 January 2014, op. cit., p. 6.

⁶⁶ ECJ, *Jackie Farrell*, C-295/95, op. cit.

⁶⁷ On the notion of maintenance creditor see also: P. JENARD, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJEC C 59, 5 March 1979, p. 25, (“Jenard Report”), P. MANKOWSKI in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munchen, Sellier, 2007, pp. 175; F. PESCE, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell’Unione europea*, Roma, ARACNE, 2003, p. 84, , F. PESCE, “Tutela del creditore di alimenti nel diritto internazionale privato dell’Unione europea” in I. QUEIROLO, A. M. BENEDETTI, L. CARPANETO (eds.), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell’Unione europea e diritto interno*, Roma, ARACNE, 2012, pp. 483.

⁶⁸ ECJ, *Jackie Farrell*, C-295/95, op. cit., para 27.

having previously obtained a judicial decision recognizing his or her entitlement to maintenance".⁶⁹ The interpretation provided by the ECJ was given in context of Article 5 para. 2 of the Brussels Convention regarding jurisdiction based on habitual residence of the maintenance creditor "*which is in the best position to know whether the creditor is in need and to determine the extent of such need.*"⁷⁰ In cases of child maintenance, the venue for parental responsibility will coincide with the venue of a maintenance creditor, and as a consequence no particular difficulties will arise. However, the ECJ case did not touch on the question of opposite situation, when a Member State court in the place of habitual residence of the respondent, (*i.e.* in a place of habitual residence of maintenance debtor), is seised by maintenance creditor.

29. We may demonstrate practical problems in a subsequent scenario: the court of Member State A is a place of habitual residence of the father and is seised according to Article 3 lett. a) of the Maintenance Regulation by the mother. However, the hearing regarding custody is pending according to Article 8 of the Brussels I Regulation in front of the court of Member State B where the proceedings are very slow (application of Article 12 and 15 of the Brussels IIa Regulation is not possible). The family relationship is not clear *prima facie* and both parents request sole custody. It is true that a debt is an obligation arising from a fact which may be either a legal fact or a legal act. But in this specific case, a legal act does not exist and the legal fact is dependent on findings made by a court in Member State B, which may confer shared custody or sole custody to any of the parents.⁷¹ How should the court of Member State A proceed?

30. There are two possible options. Firstly, Member State A might make its own considerations on the status of the parties and directly issues a maintenance order, which is subsequently enforceable due to the prohibition against a review as to the substance.⁷² Professor Jenard argued that any difficulties should be considered in the chapter on recognition and enforcement of judgments. However, it is possible to rely on such an option only in case of cross border recognition or enforcement of the judgment within the grounds for non-recognition of Article 24 of the Maintenance Regulation.⁷³ Indeed, when a previously issued child-support order is not in line with the subsequent custody order, motion for modification of child support will be necessary; until that time the child support will represent an enforceable legal title. Such an option does not seem to respect the principle of procedural economy. Secondly, Member State A might suspend proceedings, according to national procedural rules if they permit so, or impose provisional measures for an indeterminate period until the time that Member State B decides custody. This option is more flexible, but results in an inevitable period of latency.⁷⁴

31. The Slovak court concluded its consideration regarding application of Article 3 lett. d) of the Maintenance Regulation in the context of concentration of jurisdiction:

*[O]nly application of article 3, lett. d) of the Maintenance Regulation must be taken into consideration as the only reasonable solution guaranteeing the Slovak courts not to circumvent provisions of national law requiring determination of all complex of parental responsibility rights in divorce proceedings. This jurisdictional ground prevents determining the child support without any previous decision recognizing entitlement to maintenance in divorce proceedings.*⁷⁵

⁶⁹ ECJ, *Jackie Farrell*, C-295/95, op. cit., para 21.

⁷⁰ ECJ *Jackie Farrell*, C-295/95, op. cit., para. 24 referring to the Jenard Report, p. 25.

⁷¹ See Opinion of Advocate General Léger delivered on 12 December 1996 concerning case *Jackie Farrell*, note 54.

⁷² Art. 42 of the Maintenance Regulation.

⁷³ Art. 27 para 4 of the Brussels Convention allows for re-examining whether the court which gave judgment on the maintenance claims had jurisdiction under the provisions of Title II and to not recognize such a judgment. See also Schlosser Report, op. cit., para 35 or A. LAYTON / H. MERCER, *European civil practice*, London, Thomson/Sweet & Maxwell, 2004, p. 467.

⁷⁴ See Opinion of Advocate General Bot delivered on 16 April 2015, concerning case *A v B*, note 49; the Advocate General held that continuity between the different phases of the proceedings must be ensured and unacceptable delays imposing measures for an indeterminate period are in breach of the principle of the best interests of the child.

⁷⁵ *Krajský súd Bratislava*, 13 January 2014, op. cit., p. 7.

The Slovak court did not tackle the issue of concentrating divorce with child support proceedings according to Article 3, lett. c) of the Maintenance Regulation which provides that: “*jurisdiction shall lie with the court which, according to its own law, has jurisdiction to entertain proceedings concerning the status of a person if the matter relating to maintenance is ancillary to those proceedings...*”⁷⁶ However, the question arises if it would be entitled to do so.

32. The Maintenance Regulation does not specify if this jurisdictional ground finds application only in context of maintenance between the spouses, and the valuation on application of this jurisdictional ground is subject to *lex fori* covering private international law.⁷⁷ According to the Slovak law, proceedings on child support are linked with proceedings concerning the *status* of a person. Additionally, provisions requiring joint proceedings of divorce and child maintenance matters may be found also in other Member States.⁷⁸ However, the ECJ in case *A v B* held that when one Member State court was seised in accordance with Article 3, lett. c) and other one in accordance with Article 3 lett. d), proceedings relating to maintenance concerning that child were ancillary only to the proceedings concerning parental responsibility.⁷⁹ Although the ECJ excluded discretion in interpreting of the scope of the “ancillary matter” by the courts of Member to their national law,⁸⁰ this interpretation leaves some questions.

33. Firstly, maintenance obligations, which according to the ECJ are “*not necessarily linked to divorce proceedings*” might be linked in individual cases shaped by the best interest of the child.⁸¹ Secondly, the jurisdictional grounds set out in Article 3 of the Maintenance Regulation are alternative and are linked by the conjunction “or”.⁸² Thirdly, doubts arise whether this interpretation is applicable when only one Member State is seised for divorce and child allowance – the ECJ dealt with positive conflict of jurisdiction between two already seised Member States by virtue of Article 3 lett. c) and lett. d).⁸³ Sometimes the parents do not intend to determine judicially the custody and visitation rights and they rather maintain voluntary, mutual agreement on visitation rights; they would accede to concentrating divorce and child allowance proceedings when the child’s best interests are undisputable (nationality, family, language, etc.). The paradox of the situation is evident - the divorce forum may hear a parental responsibility case through application of Article 12 of the Brussels IIa Regulation and subsequently the divorce forum may hear a case on child allowance according to Article 3 lett. d) of the Maintenance Regulation, which practically results through application of Article 3 lett. c).

⁷⁶ This provision was added into Article 5 para. 2 of the Brussels Convention by the 1978 Accession Convention to accommodate the provisions of United Kingdom law. See A. LAYTON / H. MERCER, *European civil practice*, London, Thomson/Sweet & Maxwell, 2004, p. 466.

⁷⁷ See Schlosser Report, op. cit., para 40 or P. MANKOWSKI in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, op. cit., p. 178: “whether a joint hearing and a joint treatment of status proceedings and maintenance proceedings is permitted must be answered by the national procedural rules of the forum”.

⁷⁸ E.g., on the topic of Joinder of Divorce Proceedings and Ancillary Proceedings in Germany in the context of application of Article 5 para 2 of the Brussels I Regulation see S. LEIBLE in: T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozeßrecht: Bd. 1: Brüssel I-VO, Brüssel IIa-VO*, München, Sellier, 2006, p. 193. See also Section 137 of German Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-Contentious Jurisdiction of 17 December 2008, which provides that divorce and ancillary proceedings (maintenance and support proceedings, to the extent there is a duty of support in respect of common children or statutory maintenance arising from the establishment of the marriage, with the exception of simplified proceedings concerning support for minors) are to be argued and decided together. In Hungary and Poland, maintenance is ancillary to the custody proceedings, see in this regard the Heidelberg Report, op. cit., p. 39. In Estonia, divorce matters, custody matters, and maintenance matters can all be dealt with in one proceeding, see Assessment Study, op. cit., p. 10.

⁷⁹ ECJ, 16 July 2015, *A v B*, C-184/14, ECLI:EU:C:2015:479, note 27.

⁸⁰ ECJ, *A v B*, C-184/14, op. cit., note 30.

⁸¹ ECJ, *A v B*, C-184/14, op. cit., note 40. See also J. BORG-BARTHET, *Jurisdiction in matrimonial matters - Reflections for the review of the Brussels IIa Regulation (Study for the JURI Committee)*, op. cit., p. 10, with respect to the case of ECJ, *A v B* the author stated: “In practical terms, however, the fact that maintenance obligations are ‘not necessarily linked to divorce proceedings’ does not of itself mean that they might not be linked in individual cases.”

⁸² ECJ, *A v B*, C-184/14, op. cit., note 34 where the ECJ held that from the wording of Article 3 of the Maintenance Regulation it cannot be established whether the alternative nature of criteria means that the applications relating to child maintenance are ancillary only to one set of proceedings concerning parental responsibility, or whether those applications may be deemed ancillary also to proceedings concerning the status of a person.

⁸³ ECJ, *A v B*, C-184/14, op. cit., note 47.

2. Czech Republic

34. The same or similar national rules as in Slovakia are in the Czech legal system.⁸⁴ The national rules of family law in the Czech Republic do not require the unique hearing for divorce, parental responsibility, and maintenance as in Slovakia. However, Article 755 of the Act No 89/2012 Coll., Civil Code⁸⁵ requires a previous determination of custody rights over the children which must be fulfilled in order to issue a judgment on divorce, and thus guaranteeing protection of the minor child.⁸⁶ Article 755, par. 3 of New Civil Code specifies: “*If spouses have a minor child who has not yet acquired full legal capacity, the court shall not issue a judgment for divorce until it decides on the means of the child for the period after divorce.*”⁸⁷ Even if the condition is regulated by Czech substantive law, the text of the provision “*the court shall not issue a judgment for divorce until...*” indicates a procedural nature and foreign applicable law will not have an impact on the conduct of proceedings. As a consequence, if the custody proceedings takes place in a different Member State and is unusually long, the divorce proceedings in the Czech Republic may be blocked for several years.⁸⁸

35. As to child maintenance, Article 755 of the New Civil Code (in opposition to the Family Act before re-codification of Czech civil law⁸⁹) does not expressly mention determination of child maintenance as a condition required for a divorce judgment. However, it is presumed from the wording of New Civil Code, in combination with Act No 292/2013 on Special Judicial Proceeding, that child maintenance proceedings together with custody and access proceedings form parts of the “proceedings in matters of custody court for minors” and must precede the divorce proceedings.⁹⁰ The question arises if a Czech court must stay divorce proceedings until a Member State different from a Member State competent over the parental responsibility issues a judgment on child maintenance.⁹¹

36. It is necessary to emphasise that above-mentioned provisions of the Czech New Civil Code have a significant impact on the matrimonial property regime of the spouses.⁹² The common property of spouses will increase or will be reduced during the latency period for judgment for divorce issued by Czech court, which will be dependent on the length of latency period for custody order issued by another

⁸⁴ The unique proceedings for divorce, parental responsibility, and maintenance was required by the Czech Family Act until 1 August 1998, until amendment No 97/1998 to the Act No 97/1963 Coll., on Family Law, became effective. See in this respect: Opinion of Civil and Commercial Division of the Supreme Court of the Czech Republic on child custody in connection with divorce proceedings, 14 April 2010, Cjpn 204/2008, R 52/2010 civ. On differences between the Slovak and Czech Family Act after the amendment see: M. HRUŠÁKOVÁ, *Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář.*, Praha, C. H. Beck, 2009, p. 99.

⁸⁵ Act No 97/1963 Coll. on Family Law (“Family Law Act”) was replaced by the Act No 89/2012 Coll., Civil Code (“New Civil Code”) which became effective on 1 January 2014. According to Article 3028 of New Civil Code, the rights and the duties which arose after its effective date are governed by the New Civil Code; however the creation of these relations, as well as the rights and duties which arose from them before the effective date of the New Civil Code must be assessed under current legal regulations.

⁸⁶ MILANA HRUŠÁKOVÁ / LENKA WESTPHALOVÁ, *Family law in the Czech Republic*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, p. 86.

⁸⁷ The wording of the text “decides on the situation of the child at the period after the divorce” must be interpreted as judgment of the court regarding the custody over the child. English translation of the New Civil Code is available at: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>.

⁸⁸ See in this context e.g., ECJ, 9 December 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH*, ECR I-14693, where it was pointed out that some Member States have excessively slow proceedings.

⁸⁹ Article 26 of the Family Act expressly required, as a condition for divorce, a previous custody order and the determination of child maintenance obligations.

⁹⁰ See judgment of *Krajský soud v Plzni*, 9 November 2015, 10 Co 325/2015, and its commentary by K. SVOBODA, *Soudní rozhledy*, 2/2014, p. 50; or commentary to article 910 of New Civil Code: M. HRUŠÁKOVÁ, Z. KRÁLIČKOVÁ, L. WESTPHALOVÁ, *Občanský zákoník II. Rodinné právo* (§ 655–975). *Komentář.*, Praha, C. H. Beck, 2014, p. 1044.

⁹¹ The national case law did not note any problem regarding the split of the child maintenance proceedings from the custody proceedings.

⁹² Article 709 of the New Civil Code provides for the term of “statutory matrimonial property” that includes property acquired during the marriage by one of the spouses individually or by both spouses with certain exceptions Article 716 of the New Civil Code then creates a matrimonial property regime different from the statutory regime, i.e., contractual property regime of the spouses requiring mutual agreement of the parties.

Member State court. Practically, it results in a vicious circle of the Member State courts which must stay proceedings. For instance, the court of Member State A hears the dispute over the parental responsibility, but a Czech court is competent over the divorce, and Member State C must establish jurisdiction on the matrimonial property regime in accordance with national PIL Acts, or according to Article 6 or 7 of the Regulation on Matrimonial Property Regimes after 29 January 2019.⁹³

IV. Conclusions and considerations *de lege ferenda*

37. This article demonstrates that the application of different jurisdictional grounds in different EU regulations often leads to proceedings in multiple Member States in closely linked family matters. The solution of an EU legal instrument providing for a competent forum in all family matters seems to be unachievable in this moment. But, the effort to concentrate family proceedings is already evident in specific EU regulations (*e.g.*, in the Regulation on Matrimonial Property Regimes or in the Maintenance Regulation). However, such efforts do not always guarantee the concentration of jurisdiction in one Member State court, even when such a *forum* would be an appropriate one.⁹⁴ Articles 12 or 15 of the Brussels IIa Regulation may be perceived as alternative solutions for connecting litigation for major parts of family matters in one Member State. Then, the divorce venue becomes the “centre” of other interrelated family proceedings – for parental responsibility in accordance with Article 12 or 15 of the Brussels IIa Regulation, for maintenance in accordance with Article 3 lett. c) and d) of the Maintenance Regulation, and for matrimonial property regime in accordance with Article 5 of Regulation on Matrimonial Property Regimes – if all conditions for their application are satisfied. However, do Articles 12 and 15 of the Brussels IIa Regulation fully respect the best interest of the child? A more reasonable option would be the introduction of the provision enabling concentration of interrelated family matters in a court competent for parental responsibility. For example, parties may use a choice-of-court agreement or legislators may create a hierarchical scale between jurisdictional grounds in Article 3 of the Brussels IIa Regulation awarding priority to court of a Member State having jurisdiction over parental responsibility matters. Unfortunately, in light of the discussion regarding the Proposal of the Brussels IIa Regulation, the current situation does not seem to be changing in the near future.

38. Last but not at least, it must be stressed that fragmentation of EU legal instruments appears to be even more problematic when applying national procedural rules. The domestic case law has indicated not only the non-application of specific rules established by EU regulations in cases of conflicting rules, but incoherence between domestic and EU law that results in problematic situations. Firstly, the Slovak case law has revealed that unclear legal facts concerning maintenance creditors and the absence of legal acts on custody renders it difficult to apply the jurisdictional ground laid down in Article 3 lett. a) and b) of the Maintenance Regulation. The solution for this problem could be that Article 3 lett. a) and lett. b) would represent the unique jurisdictional grounds governing situations in which the application concerning child maintenance obligations is the main action,⁹⁵ while Article 3 lett. c) and d) would represent two grounds for jurisdiction when the child maintenance is ancillary to custody. Thus, such a division should ensure that custody and child maintenance actions will be the basis of single venue respecting the principle of best interest of the child based on proximity. In this respect, the Maintenance Regulation should be also amended in order to clarify if lett. c) is not applicable for child maintenance allowances without any exceptions and set aside any doubts resulting from the *A v B* case. Secondly, the

⁹³ See Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial property regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States, 30 April 2003, AS-SER-UCL Consortium commissioned by the Commission, available at http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

⁹⁴ G. MOIR / P.R. BEAUMONT, “Brussels Convention II: a new private international law instrument in family matters for the European Union or the European Community?”, *op. cit.*, p. 9, according to the authors, the ideal solution for the court hearing is the divorce action be connected with matrimonial property, and financial and social aspects relating to children of the marriage.

⁹⁵ See Opinion of Advocate General Bot delivered on 16 April 2015 concerning case *A v B*, note 41.

Czech legislation highlighted the incoherence between the rules on parental responsibility and divorce pursuant to the Brussels IIa Regulation and national rules on divorce protecting the interest of the child. The incoherence does not circumvent the proper application of EU rules, but might result in excessively long waiting periods. However, in this case a solution should be found on the national level, and obstacles or incoherence from national substantial or procedural family law should be removed.

39. In conclusion, the fragmentation of jurisdiction in different Member States cannot be always classified as a negative effect arising from the diversity of jurisdictional ground in family matters, since the scope of certain rules is the protection of fundamental principles (*i.e.*, best interest of the child or the protection of the maintenance creditor). However, conducting proceedings in several Member States and the confusion caused by the fragmentation of the scope of jurisdiction in several EU regulations in family matters and mixing them up in single legal action may lead to the opposite result – to significant costs for weaker parties, or encouraging a wealth party to engage in abusive procedural tactics and disadvantaging the creditor. At least, a clear practical guidance for practitioners and for individuals should be adopted in order to clarify the legal framework of EU family law and the interrelationship of the Brussels IIa Regulation, the Maintenance Regulation, and the Regulations on Property Regimes.⁹⁶ Lastly, further steps in order to harmonize national law in Europe should be taken.⁹⁷

⁹⁶ See Assessment Study, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁷ See the Principles of European Family Law which are drafted by the Commission on European Family Law available at <http://ceflonline.net/principles/>.

VARIA

FUSIONES INTERNACIONALES, LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DERECHOS DE LOS ACREEDORES. CUESTIONES ABIERTAS POR LA STJ (SALA TERCERA) DE 7 DE ABRIL DE 2016 (AS. C-483/14, *KA FINANZ AG Y SPARKASSEN VERSICHERUNG AG VIENNA INSURANCE GROUP*)*

INTERNATIONAL MERGERS, FREEDOM OF ESTABLISHMENT AND CREDITOR'S RIGHTS. OPEN QUESTIONS IN THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE (THIRD CHAMBER) OF 7TH APRIL 2016 (AS. C-483/14, *KA FINANZ AG AND SPARKASSEN VERSICHERUNG AG VIENNA INSURANCE GROUP*)

RAFAEL ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona
orcid ID: 0000-0001-8596-664

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3887>

Resumen: La sentencia *KA Finanz* ofrece al Tribunal de Luxemburgo la oportunidad de pronunciarse sobre varias cuestiones relevantes en materia de fusiones internacionales. En concreto sobre las relaciones entre el Derecho rector de las obligaciones de las que son parte las sociedades que intervienen en la fusión y la que se aplica a esta operación; la determinación del Derecho rector de la fusión y ciertos límites en las posibilidades de regular las garantías de los acreedores en las fusiones internacionales. Además, interpreta qué ha de entenderse por titulares de títulos a los que correspondan derechos especiales (art. 15 de la Directiva 78/855/CEE).

Palabras clave: Derecho de sociedades, libertad de establecimiento, fusiones internacionales, protección de los acreedores.

Abstract: The *KA Finanz* judgment allows the Luxembourg Court to deal with some relevant issues connected to international mergers. Specifically, on the relationship between the laws governing the obligations of which the companies involved in the merger are parties, and the one that applies to the merger; the determination of the law governing the merger and also on certain limits of the national legislators in the regulation of the creditor's guarantees in international mergers. Furthermore, it interprets what is to be understood by holders of securities to which special rights are attached (article 15 of Directive 78/855 / EEC).

Keywords: company law, freedom of establishment, international mergers, protection of the interest of creditors.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto "Desarrollo del derecho de sociedades en la Unión Europea: libertad de establecimiento, fiscalidad e interacción con los ordenamientos nacionales", Ministerio de Ciencia e Innovación, referencia DER-2013-46535-P, bajo la codirección de los Dres. CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ y RAFAEL ARENAS GARCÍA.

Sumario: I. Introducción. II. Operación de fusión y acreedores de la sociedad absorbida: 1. La emisión de bonos por parte de *Kommunalkredit*. 2. Absorción de *Kommunalkredit* por *KA Finanz*. 3. Las cuestiones que ha de resolver el Tribunal de Luxemburgo. III. Fusiones internacionales y Derecho europeo: 1. *Sevic*. 2. Derecho derivado y fusiones internacionales. 3. Significado de la decisión del Tribunal de Luxemburgo en *KA Finanz*: A) Aspectos conflictuales. B) Aspectos materiales. IV. Fusiones internacionales y libertad de establecimiento: 1. Alcance de la libertad de establecimiento en materia societaria. 2. La aplicación necesaria de la normativa relativa a las fusiones internas. V. Conclusión.

I. Introducción

1. La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 7 de abril de 2016¹ se ha convertido ya en una de las decisiones clave para la regulación de la actividad internacional de las sociedades en el ámbito europeo². En ella el Tribunal de Luxemburgo se enfrentaba a diversos problemas vinculados a una fusión internacional en la que la sociedad absorbente era una sociedad austriaca y la absorbida una filial de la absorbente constituida en Chipre; en concreto, una entidad bancaria³. La sociedad absorbida había emitido en el año 2005 bonos suscritos por una sociedad austriaca, *Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*. De acuerdo con las condiciones de la emisión, la forma y contenido de los bonos, así como los derechos y obligaciones de los bonistas y de la sociedad emisora se regirían por el Derecho alemán⁴. Tras la absorción de la sociedad chipriota por una sociedad austriaca se plantea en qué forma el régimen de dichos bonos ha sido afectado por la operación de fusión y, en concreto, cómo se articulan los Derechos chipriota (el de la sociedad absorbida), austriaco (el de la sociedad absorbente) y el alemán (en principio, tal como veremos un poco más adelante, el Derecho rector de los bonos). El régimen de relaciones entre estos Derechos, así como la forma en que se proyectan sobre los derechos de los acreedores de la sociedad absorbida, puede verse condicionado tanto por el Derecho derivado europeo en materia de fusiones y de fusiones internacionales⁵, como por el regulador de la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁶. Además, la normativa sobre libertad de establecimiento también puede resultar

¹ STJ (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016, As. C-483/14, *KA Finanz AG y Sparkassen Versicherung AB Vienna Insurance Group*, EU:C:2016:205.

² Vid. L. HÜBNER, “Auswirkungen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auf Anleiheverträge (zu EuGH, 7.4.2016 -Rs. C-483/14 - *KA Finanz AB./ Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*)”, *IPRax*, 2016, año 36, núm. 6, pp. 553-558, p. 553.

³ Los hechos que dan lugar al caso en el que se inserta la decisión del Tribunal de Luxemburgo se encuentran expuestos en los números 16 a 26 de las Conclusiones del Abogado General (Sr. Yves Bot) presentadas el 12 de noviembre de 2015 (EU:C:2015:757). La información de que la entidad chipriota se encontraba participada al 100% por *Kommunalkredit* es aportada por L. HÜBNER (*loc. cit.*, p. 553).

⁴ Vid. el núm. 20 de las Conclusiones (*supra* n. anterior).

⁵ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, *DO* núm. L 295, de 20 de octubre de 1978. Esta Directiva fue sustituida por la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, *DO*, núm. L 110, de 29 de abril de 2011. También la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; así como las normativa nacional que ha traspuesto estas Directivas; normativa que puede consultarse aquí (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=celex:31978L0855>) en lo que se refiere a la Directiva 78/855/CEE, y aquí (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX:32011L0035&qid=1498750933035>, ambos enlaces consultados el 30 de junio de 2017) para la Directiva 2011/35/CE. En la actualidad hay que considerar también la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada), *DO*, núm. L 169 de 30 de junio de 2017, que codifica las Directivas 82/89/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE y 2012/30/UE.

⁶ Tal como veremos, el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO*, núm. L 177 de 4 de julio de 2008. También deberá ser considerado el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, antecedente del Reglamento Roma I. La versión consolidada de este Convenio puede encontrarse en el *DO*, núm. C027 de 26 de enero de 1998. Originalmente había sido publicado en el *DO*, núm. 266 de 9 de octubre de 1980. El Instrumento de Ratificación por parte de España del mencionado Convenio fue publicado en el *BOE*, 19-VII-1993; entrando en vigor para España el 1 de septiembre de 1993.

relevante en la configuración del régimen de derechos y obligaciones de las personas que se relacionan con las sociedades que participan en la fusión internacional.

La Sentencia de 7 de abril se ocupa de la mayoría de estos problemas al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal) austriaco, y aunque en ocasiones lo hace con una cierta brevedad, los principios que sienta son de una enorme relevancia y probablemente condicionarán la jurisprudencia futura en la materia.

2. A continuación nos ocuparemos, en primer lugar de la operación a la que se refiere la Sentencia para desde ahí pasar al somero examen del contenido de la Sentencia, centrado, sobre todo, en la interpretación del Derecho derivado en materia de fusiones de sociedades y de regulación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Tras este repaso nos centraremos en la cuestión de las relaciones entre libertad de establecimiento y fusión internacional de sociedades. Un tema que había sido planteado por el órgano jurisdiccional austriaco que formula la cuestión prejudicial que está en el origen de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo; pero que no es abordado por éste.

El Derecho de sociedades permanentemente tiene que determinar en qué forma se relaciona con la parte del ordenamiento jurídico que se ocupa de las relaciones que la sociedad establece con terceros. Esta es, evidentemente, una cuestión clásica e ineludible en el Derecho de sociedades. Esta relación se aprecia en todos los supuestos en lo que se refiere a la identificación de quienes pueden actuar en nombre de la sociedad y cómo se ve ésta afectada por las declaraciones y actuaciones de las personas que actúan en su nombre e interés; pero en los casos en los que se trata de una transformación societaria esta relación se muestra especialmente compleja. Este es justamente el caso del que se ocupa la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 7 de abril de 2016, pues incide en la forma en que la fusión internacional afecta a las relaciones de la sociedad absorbente con los acreedores de la absorbida; y es por eso que el caso y el tratamiento que de él hace el Tribunal de Luxemburgo han de permitirnos avanzar en la delimitación de ciertos principios societarios de alcance general.

3. Hace varios meses ya realicé un comentario a esta decisión⁷. Me remito a él para evitar la reiteración de los desarrollos relativos a los detalles del caso y para el análisis de las cuestiones que allí habían sido tratadas. De esta forma, en el presente trabajo podré, por una parte, abordar con más detalle la cuestión menos tratada entonces: la incidencia de la libertad de establecimiento en el régimen de las fusiones internacionales y, por otra parte, considerar los comentarios a la decisión publicados en los últimos meses y que por razones temporales no pudieron ser tenidos en cuenta en el artículo publicado en *La Ley Unión Europea*.

La perspectiva que se adoptará se centrará en el Derecho de la UE, que es el ámbito en el que se plantea el litigio; pero no se dejará pasar la ocasión de realizar alguna indicación que pueda ser relevante también en casos en los que no se aplique el Derecho de la UE, sino Derecho interno de los Estados miembros o, incluso, de terceros Estados.

II. Operaciones de fusión y acreedores de la sociedad absorbida

1. La emisión de bonos por parte de *Kommunalkredit*

4. En el año 2005 una entidad austriaca, *Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group* suscribió bonos emitidos por un banco establecido en Chipre (*Kommunalkredit International Bank Ltd*) y constituido de acuerdo con el Derecho chipriota⁸. Las condiciones especificaban que el pago de los intereses pactados (del 4,01% y del 3,85%⁹) no serían abonadas más que si los recursos propios de la

⁷ R. ARENAS GARCÍA, “Contratos internacionales y fusiones transfronterizas [Comentario a la STJ (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016, As. C-483/14, *KA Finanz AG y Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*]”, *La Ley Unión Europea*, núm. 39, Julio 2016, pp. 122-138.

⁸ *Vid.* <http://cy-check.com/kommunalkredit-international-bank-limited/162296.html>, consultado el 30 de junio de 2017.

⁹ *Vid.* núm. 17 de las Conclusiones del Abogado General en el caso *KA Finanz*, *vid. supra* n. núm. 3.

entidad emisora se mantenían por encima de los niveles mínimos establecidos por las directrices del Banco Central de Chipre¹⁰. Además se especificaba que las obligaciones derivadas de los bonos no se encontraban garantizadas y debían ser consideradas como deuda subordinada de la entidad emisora¹¹. Además, de acuerdo con las condiciones de emisión de los bonos, su forma y contenido, así como los derechos y obligaciones de los bonistas y de la sociedad emisora se regían por el Derecho alemán¹².

La elección de ley que se incluye en las condiciones de emisión de los bonos deberá ser valorada de acuerdo con lo que establezca la normativa que determine cuál es la ley aplicable a la emisión; esto es, la correspondiente a las obligaciones contractuales; pues no debería plantearse duda sobre la naturaleza contractual de las obligaciones que asumen las partes como consecuencia de la adquisición del bono y, en concreto, una vez satisfecho el precio del mismo, las que corresponden a la entidad emisora del bono frente al adquirente del mismo.

5. Si las relaciones entre la entidad emisora del bono y sus titulares han de ser consideradas como contractuales ha de determinarse, asumiendo que el foro relevante se encuentre situado en un Estado miembro de la UE, si resulta aplicable el Reglamento Roma I o su antecedente el Convenio de Roma de 1980¹³. En el caso que nos ocupa, y por razones temporales, sería este último el relevante, y no el primero, ya que el contrato de emisión de bonos fue celebrado en el año 2005 y el Reglamento Roma I solamente se aplica a contratos concluidos a partir del 17 de diciembre de 2009¹⁴. Será, pues, el Convenio el que deberá ser considerado a fin de determinar si el caso entra dentro de su ámbito de aplicación material.

Ninguna duda parece plantearse sobre el carácter contractual de las obligaciones derivadas de la emisión del bono. Nos encontramos ante un acuerdo en el que una de las partes se compromete a abonar una cantidad a otra parte que asume el compromiso de pagar un cierto interés al adquirente del bono en determinadas condiciones. El acuerdo libremente concluido por las partes en el que ambas asumen compromisos de carácter patrimonial no parece dejar muchas dudas del carácter contractual de la relación¹⁵. Sí que podría plantearse, sin embargo, si consideramos que en el curso del litigio en el que se inserta la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 7 de abril de 2016 se había planteado que estos bonos deberían ser considerados como recursos propios de la entidad emisora; equivalentes en este sentido a participaciones en el capital social¹⁶. De ser así podría resultar que la operación de emisión de bonos pudiera estar incluida en la excepción del art. 1.2.e) del Convenio de Roma, referida al Derecho de sociedades. Según esta excepción, las cuestiones relativas al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, “tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica” están excluidas del ámbito de aplicación del Convenio¹⁷. Dado que, tal y como se acaba de indicar, podría plantearse que los bonos

¹⁰ Vid. núm. 18 de las Conclusiones del Abogado General en el caso *KA Finanz* (*supra* n. núm. 3).

¹¹ Vid. núm. 17 de las Conclusiones del Abogado General en el caso *KA Finanz* (*supra* n. núm. 3).

¹² Vid. núm. 20 de las Conclusiones del Abogado General en el caso *KA Finanz* (*supra* n. núm. 3): “De conformidad con los artículos 12, apartado 1, de esas condiciones, la forma y el contenido de los bonos, así como todos los derechos y obligaciones de los bonistas y de la sociedad emisora se regirán por el Derecho alemán”.

¹³ Vid. *supra* n. núm. 6.

¹⁴ Art. 28 del Reglamento: “El presente Reglamento se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009”.

¹⁵ Como es sabido, no existe una definición de “obligación contractual” ni en el Reglamento Roma I ni en el Convenio de Roma de 1980. Es preciso recurrir a una interpretación autónoma, esto es, que no dependa de las diferentes concepciones de los Derechos internos de los Estados en los que estos instrumentos deberán ser aplicados (*vid.* ampliamente sobre el tema, A.J. BĚLOHLÁVEK, *Rome Convention. Rome I Regulation*, New York, JURIS, 2010, vol. I, pp. 100-107). Esta interpretación autónoma nos conducirá a un concepto amplio de obligaciones contractuales que incluya todas las obligaciones libremente asumidas por una persona frente a otra (*vid.* J. VON HEIN, “Art. 1 Rom I-VO”, en TH. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar. 2011 Rom I-VO · Rom II-VO*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 52-88, pp. 57-58).

¹⁶ Vid. núm. 30 de la Sentencia *KA Finanz*.

¹⁷ En el Reglamento Roma I se ha modificado la redacción de esta exclusión del ámbito de aplicación. Su tenor en el Reglamento es el siguiente: “las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y

fueran considerados como capital propio de la sociedad no debe dejarse completamente de lado la posibilidad de que opere la excepción del art. 1.2.e) del Convenio.

De hecho el Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia, se ocupa de esta cuestión, la de determinar si los bonos pueden ser considerados o no como fondos propios de la sociedad; pero no para pronunciarse sobre este art. 1.2.e) del Convenio de Roma, sino para interpretar ciertas previsiones de la Directiva sobre fusiones. No llega a ser concluyente el Tribunal en su examen, pues considera que ha de ser el Juez nacional quien haya de pronunciarse sobre este extremo teniendo en cuenta todos los elementos del litigio; pero de su razonamiento se deriva que no parece lo más razonable interpretar que tales bonos son equivalentes al capital social de la entidad¹⁸.

6. En efecto, el que los bonos solamente generen intereses en caso de que los recursos de la entidad emitente superen determinado nivel no implica que tales bonos otorguen derechos equivalentes a aquellos de los que goza un accionista. Tan solo se establece en el contrato que vincula a emisor y a adquirente una condición que se conecta con la situación patrimonial del emisor, sin que esto implique que el bono se integre en el capital social. El hecho de que el bono sea considerado como deuda subordinada y que, por tanto, no pueda ser exigida más que cuando han sido satisfechos los acreedores ordinarios no altera esta situación, pese a que tal carácter subordinado implique que serán considerados como recursos propios a la hora de calcular el nivel de riesgo de la entidad¹⁹. Ahora bien, esta consideración a efectos de la normativa bancaria no altera la naturaleza de la relación entre el adquirente del bono y la entidad emisora, que sigue siendo una relación contractual que no afecta ni a la constitución ni al régimen interno de la sociedad.

Es por lo anterior, que la emisión de los bonos no se ve afectada por la exclusión del art. 1.2.e) del Convenio de Roma. La exclusión de la materia societaria del Convenio de Roma no afecta a los contratos que la sociedad concluya con terceros con el fin de obtener financiación. De hecho, y tal como se deriva del Informe Giuliano/Lagarde sobre el Convenio de Roma²⁰, la exclusión ha de limitarse a la creación de la sociedad, su organización interna y su disolución, así como la responsabilidad de sus socios y administradores en su calidad de tales. Sí que se aplica el Convenio, sin embargo, a los contratos que tengan por objeto la creación de la sociedad y que vinculen a los promotores de la misma²¹. Dado este carácter limitado de la exclusión, se ha interpretado que también las operaciones relativas a participaciones societarias o a la transferencia de los activos de la sociedad están regidas por el Convenio de Roma²².

Así pues, finalmente, pese al carácter subordinado de la deuda representada por los bonos emitidos por *Kommunalkredit*, el Convenio de Roma de 1980 sería aplicable para determinar la ley aplicable al bono emitido. Tal como se ha adelantado, al Tribunal de Luxemburgo no le plantea ninguna duda este extremo.

7. Aplicándose el Convenio de Roma para determinar el derecho aplicable a la relación entre la entidad emisora del bono y el adquirente del mismo, deberemos consultar las previsiones de este Convenio para identificar qué ley regirá los derechos y obligaciones entre ambas partes. Como es sabido, en el

administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas”. Para un análisis de la excepción *vid.* J. VON HEIN, *loc. cit.*, pp. 72-73; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatuts”, en CH. REITHMANN/D. MARTINY (ed.), *Internationales Vertragrecht*, Colonia, Otto Schmidt, 7ª ed. 2010, pp. 23-192, p. 69.

¹⁸ *Vid.* núm. 67 de la Sentencia *KA Finanz*.

¹⁹ De acuerdo con el art. 63 del Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012, *DO*, núm. L 176, de 27 de junio de 2013, los créditos subordinados son considerados como capital nivel 2 de las entidades financieras; precisamente porque no pueden ser exigidos más que cuando hayan sido satisfechos todos los créditos no subordinados.

²⁰ *DO* núm. C 282, de 31 de octubre de 1980.

²¹ *Vid.* núm. 6 del Informe: “Suparagraph (e) provides that the uniform rules shall not apply to questions governed by the law of companies, and other bodies corporate or unincorporate such as the creation by registration or otherwise, legal capacity, internal organization or winding-up of companies, and other bodies corporate or unincorporate and the personal legal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body (...) On the other hand, acts or preliminary contracts whose sole purpose is to create obligations between interested parties (promoters) with a view to forming a company or firm are not covered by the exclusion”.

²² *Vid.* J VON HEIN, *loc. cit.*, p. 73.

Convenio prevalece el Derecho designado por las partes, de tal manera que incluyendo las condiciones de emisión del bono la indicación de que será el Derecho alemán el rector, no ha de existir duda sobre la aplicación de la ley alemana en lo que se refiere al contenido de la relación establecida entre emisor y adquirente.

De no haberse incluido la elección de ley hubiera planteado alguna dificultad la concreción del Derecho aplicable. El Convenio de Roma establece que en defecto de ley se aplicará la ley más estrechamente conectada con el contrato, y se presume que dicha ley es la de la residencia habitual de la parte que ha de realizar la prestación característica²³. En los supuestos, como el que nos ocupa, en que las prestaciones de ambas partes son de contenido dinerario la identificación de la prestación característica no es tan sencilla como en los supuestos en los que tiene este carácter la obligación de una sola de las partes (con lo que la característica será la prestación que haya de realizar la otra²⁴). En el que caso que las prestaciones de las dos partes del contrato tengan carácter dinerario ha de acudir a otros criterios; entre ellos el de identificar quién asume un mayor riesgo en la operación²⁵. En el caso que nos ocupa seguramente no es dudoso que quien asume el mayor riesgo es el adquirente del bono, ya que éste pone a disposición del emisor el precio del bono y ha de confiar en que le sea devuelto el principal y pagados los intereses. Además, en este caso quien “remunera” es la entidad emisora, quien mediante el pago de los intereses retribuye a quien le aporta el dinero que incluye en sus fondos.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, no puede desconocerse que la emisión de los bonos presenta vínculos estrechos con el Derecho chipriota. El emisor es una entidad bancaria que actúa en el ejercicio de sus funciones y el pago de los intereses se encuentra condicionado al cumplimiento de las exigencias establecidas por el Banco Central de Chipre. Es cierto que quien adquiere los bonos también lo hace en el marco de su actividad profesional; pero incluso asumiendo un riesgo mayor que el del banco chipriota, parece razonable que sea quien adquiere el bono el que asuma los costes de información sobre el Derecho del Estado de la entidad emisora y no al revés, que sea la entidad emisora la que deba cerciorarse del contenido del Derecho de quien adquiere el bono. Todas estas razones podrían conducir o bien a considerar que la prestación característica en este caso es la que realiza quien emite el bono²⁶ o a que, sin entrar en este debate, se entienda que la operación presenta vínculos más estrechos con el Derecho chipriota que con el austriaco (el del lugar del establecimiento de la entidad que adquiere el bono).

La elección del Derecho alemán evitó en este caso las dificultades que acaban de ser indicadas, pero no pueden dejar de señalarse pues en otros supuestos se puede plantear la misma duda que aquí ha sido apuntada, sin que las partes hayan tenido la previsión de resolver las incertezas en la determinación del Derecho aplicable por medio del mecanismo de la elección de ley²⁷.

8. De acuerdo con el relato de los hechos que recoge la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, a partir del año 2008 *Kommunalkredit* dejó de pagar los intereses acordados ya que esta entidad no cumplía los requisitos mínimos en materia de fondos propios fijados por las Directrices del Banco Central de Chipre²⁸. Esta falta de pago se ajustaba, como hemos visto, a las condiciones pactadas y, por tanto, entraba entre los riesgos que asumía la suscriptora de los bonos, *Sparkassen Versicherung* y que suponían la contraprestación al relativamente alto interés pactado.

²³ Art. 4 del Convenio de Roma.

²⁴ Vid. por todos sobre esto J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), 9ª ed. 2016, p. 593.

²⁵ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, 2011, núm. 29, pp. 67-89; también accesible en <http://eprints.ucm.es/18064/1/PDeMiguelAsensioContratacRexMeXDIPr2011.pdf>, p. 17, consultado el 30 de junio de 2017.

²⁶ Por identificarse con esta emisión “el centro de gravedad del contrato”. Sobre la identificación de la prestación característica del contrato a partir del centro de gravedad del mismo y sobre la evolución de la concreción de la prestación característica, vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales I*, en *id.* (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 16ª ed. 2016, pp. 837-1051, pp. 990-992.

²⁷ Las consideraciones que se acaban de realizar serían también predicables para el caso de que resultara aplicable el Reglamento Roma I, toda vez que en éste no se incluye una previsión específica para este tipo de contrato, por lo que debería aplicarse la ley del Estado de la administración central de la parte que realiza la prestación característica del contrato (art. 4.2 del Reglamento en relación con el 19.1) o por el Derecho más estrechamente vinculado (art. 4.3 del Reglamento).

²⁸ Vid. núm. 24 de la Sentencia *KA Finanz*.

En principio, la falta de pago de los intereses pactados durante el tiempo en que la entidad chipriota no cumpliera con los requisitos relativos a fondos mínimos establecidos por el Banco Central de Chipre no afectaba a la continuidad de la relación entre emisor y suscriptor. Según el artículo 9 de las condiciones de emisión en caso de liquidación o disolución de la sociedad emisora el bonista podría declarar el vencimiento de los bonos y exigir su reembolso inmediato por el precio establecido para la amortización anticipada más los intereses devengados; ahora bien, esta posibilidad no operaba en el caso de fusión, reestructuración o saneamiento²⁹. Es decir, en caso de fusión de la sociedad emisora el bono continuaría siendo eficaz; aunque será preciso determinar en qué forma la operación de fusión afectaría a las relaciones entre adquirente y emisor. En el siguiente epígrafe nos ocuparemos de esta cuestión.

2. Absorción de *Kommunalkredit* por *KA Finanz*

9. De acuerdo con lo que hemos visto en el apartado anterior, es el Derecho alemán el que rige las obligaciones y derechos que se derivan del bono emitido por *Kommunalkredit*. Ahora bien, en 2010 *Kommunalkredit* es absorbida por la sociedad austriaca *KA Finanz*. Esta absorción implica la desaparición de la sociedad chipriota, pero esto no supone que se extinga la relación entre el emisor y el suscriptor de los bonos, y ni siquiera se permite que el suscriptor tenga derecho a la amortización anticipada de los bonos. Es decir, la relación jurídica se mantiene, aunque, evidentemente, alguna alteración se produce en ésta, al menos como consecuencia de que una de las partes de la misma ya no exista.

10. El primer problema que ha de resolverse es el del Derecho rector de la operación de fusión. Tal como veremos, el Tribunal de Luxemburgo tiene que ocuparse de ello ya que ésta es una de las cuestiones planteadas por el tribunal remitente. Éste interroga al Tribunal de Justicia sobre la extensión del Convenio de Roma a las operaciones de reorganización como las fusiones³⁰. En concreto, se trata de determinar si la exclusión del art. 1.2.e) —a la que ya nos hemos referido— alcanza a las operaciones fusión de sociedades. La duda es legítima, puesto que el tenor de la excepción incluye la constitución, funcionamiento interno y disolución de las sociedades; así como la responsabilidad de los socios y órganos de la sociedad; pero no menciona a las operaciones de transformación societaria.

El Informe Giuliano/Lagarde³¹ se ocupa de esta cuestión, e incluye una información relevante, en concreto la de que pese a haberse pedido de forma expresa que las operaciones de fusión fueran expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Convenio, se optó por no hacerlo, aunque la mayoría de las delegaciones eran de la opinión de que ya estaban cubiertas por el tenor literal del art. 1.2.e)³². Lo más razonable es interpretar que el Convenio no regula la operación de fusión —y, como veremos en el siguiente epígrafe, ésta es la solución a la que llega el Tribunal de Luxemburgo—, resultando necesario considerar las directivas europeas en la materia y su transposición al Derecho nacional de los Estados miembros.

11. La normativa rectora de la fusión deberá combinarse con la que se aplica a las relaciones de las que es titular la sociedad que desaparece con la fusión, ya que será necesario determinar las alteraciones que la operación implica para tales relaciones. Será imprescindible concretar quién sustituye a la sociedad desaparecida como titular de los derechos y obligaciones que ésta tuviera y, además, hemos de considerar si la transformación societaria afecta de alguna otra forma a tales relaciones.

En materia de fusiones, es particularmente relevante la consideración de la forma en que las regulaciones sobre protección de los acreedores pueden incidir sobre aquellas relaciones jurídicas en

²⁹ Vid. núm. 22 de la Sentencia *KA Finanz*.

³⁰ Vid. núm. 39 de la Sentencia *KA Finanz*. En realidad la pregunta incluía también las escisiones; pero el Tribunal de Luxemburgo se niega a pronunciarse sobre la aplicabilidad del Convenio en relación a estas operaciones porque en el caso concreto no existía ninguna escisión sobre la que tuviera que pronunciarse el tribunal que planteaba la cuestión prejudicial. Como es sabido, las cuestiones prejudiciales han de plantearse en relación a normas que hayan de ser aplicadas por el órgano jurisdiccional requirente y no pueden ser hipotéticas (vid. art. 267 del TFUE).

³¹ Vid. *supra* n. núm. 20.

³² Vid. núm. 6 del Informe: “On the other hand the Group did not adopt the proposal that mergers and groupings should also be expressly mentioned, most of the delegations being of the opinion that mergers and groupings were already covered by the present wording”.

las que las sociedades que intervienen en la fusión adoptan la posición de deudor. Resulta habitual, tal como veremos, que se establezcan normas dirigidas a la protección de tales acreedores, ya que para ellos no resultará irrelevante la modificación de la figura del deudor. Estas normas están incluidas en la normativa europea sobre fusiones; pero se hará necesario articular estas normas con las que rigen las relaciones afectadas por la fusión. En un supuesto interno esta articulación es más sencilla que en un supuesto internacional, en el que pueden ser diferentes Derechos estatales los aplicables a la fusión y a las relaciones en las que las sociedades intervinientes son titulares. La clarificación de esta relación será uno de los puntos clave en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 7 de abril de 2016.

12. En el caso de la absorción de *Kommunalkredit* por *KA Finanz* hay otro aspecto que ha de ser considerado: como hemos visto las condiciones de emisión del bono indicaban que los intereses no se pagarían si *Kommunalkredit* no cumplía con los requisitos sobre recursos propios establecidos por las directrices del Banco Central de Chipre. La fusión hará que esta condición deba ser revisada, pues *Kommunalkredit* deja de existir. Adelantándonos a lo evidente, es la sociedad absorbente la que sustituye a la absorbida como titular de sus relaciones jurídicas³³; por lo que será *KA Finanz* la que deba pagar los intereses a los que se había comprometido *Kommunalkredit*; ahora bien, ¿debe modificarse la formulación de la condición para interpretar que los recursos que deberán ser considerados son los de *KA Finanz*? ¿Cabría entender que tras la fusión la condición carece de sentido y, por tanto, *KA Finanz* debería asumir el pago de los intereses que *Kommunalkredit* no estaba obligada a satisfacer?

El litigio en el que se inserta la decisión del Tribunal de Luxemburgo de 7 de abril de 2016 tiene su origen, precisamente, en la petición del adquirente de los bonos, *Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, de cobrar los intereses no abonados durante los años 2009-2010. La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo no da excesiva información sobre la base de esta reclamación; pero bien podría basarse en el argumento de que la condición restrictiva del pago de los intereses basada en el incumplimiento del nivel mínimo de recursos exigido por las directrices del Banco Central de Chipre ya no resulta efectiva una vez que *Kommunalkredit* ha sido absorbida por *KA Finanz*.

Al no vincularse la reclamación con la aplicación del Derecho europeo, el Tribunal de Justicia no es cuestionado sobre este extremo; pero no puede dejar de apuntarse que deberá ser el Derecho rector de la emisión, esto es el Derecho alemán, el que determine en qué forma la fusión afecta a la condición pactada. Esto es, si tras la fusión los intereses deberán ser pagados íntegramente por la sociedad absorbente al no tener ya sentido la exigencia de que una sociedad inexistente deba cumplir con los requisitos de solvencia de las directrices del Banco Central de Chipre; si ha de interpretarse que tales requisitos de solvencia deben ser cumplidos por *KA Finanz* o si se ha de integrar dicha condición de otra forma.

3. Las cuestiones que ha de resolver el Tribunal de Luxemburgo

13. Tal como se acaba de indicar, ninguna cuestión prejudicial se plantea directamente en relación a la demanda inicial de *Sparkassen Versicherung* contra *KA Finanz*; pero sí respecto a la petición subsidiaria de esta entidad y a las excepciones planteadas por la demandada.

La demanda subsidiaria presentada por *Sparkassen Versicherung* pretendía que se le concedieran los derechos que prevé el art. 226.3 de la *AktG* austriaca para el caso de que los acreedores de las sociedades afectadas demuestren que la fusión constituye un riesgo para el pago de su crédito; derechos que pueden incluir una compensación por la modificación del derecho o por el derecho en sí mismo. Ante esta pretensión de *Sparkassen Versicherung*, *KA Finanz* alega que los empréstitos adquiridos por la demandante eran fondos propios de la sociedad absorbida que carecían de valor en el momento de la fusión, que habían desaparecido como consecuencia de ésta y que al carecer de valor no generaban derecho alguno de indemnización. La pretensión se completa con la alegación de que los títulos habían perdido su valor como consecuencia de la disminución de recursos del banco emisor –que llegó a tener un capital negativo de mil millones de euros– por lo que habían sido anulados como consecuencia de la

³³ Lo veremos con algo más de detalle en el epígrafe III.2.

fusión sin que, dado su nulo valor, *KA Finanz* tuviera que satisfacer ninguna indemnización a *Sparkassen Versicherung*³⁴.

Las distintas instancias que conocieron del caso interpretaron que los bonos emitidos por la entidad chipriota no constituían títulos participativos de la sociedad y que, por tanto, no habían desaparecido como consecuencia de la fusión. Seguramente, y tal como se ha adelantado en el epígrafe II.1, la confusión existente entre la calificación de la deuda subordinada –como son estos bonos– desde la perspectiva de las exigencias de capital de las entidades de crédito y según la normativa societaria explica que la demandada hubiera pretendido trasladar la calificación bancaria al ámbito societario a fin de llegar a la conclusión de que los bonos adquiridos debían asimilarse al capital social y, por tanto, considerarse extinguidos con el resto de este capital una vez que la entidad había llegado a la situación de tener unos fondos propios negativos, tal como se acaba de indicar³⁵. Como hemos visto, las distintas instancias no aceptaron este razonamiento y mantuvieron que estos bonos no podían ser considerados títulos participativos y, por tanto, habían subsistido a la fusión, aunque quedara pendiente la cuestión de la exigibilidad de los intereses pactados, tal como se ha adelantado.

14. Habiendo llegado el litigio al Tribunal Supremo austriaco éste tiene que pronunciarse ya de manera definitiva sobre las pretensiones de las partes; pero para ello entiende que precisa algunas aclaraciones sobre la interpretación del Derecho europeo, y a este fin plantea la cuestión prejudicial que se convierte en antecedente de la Sentencia de 7 de abril.

El Tribunal austriaco formula siete cuestiones prejudiciales³⁶ que se orientan en dos direcciones distintas: por una parte identificar el Derecho rector de la fusión y su articulación con el Derecho rector de los bonos emitidos y, por otra parte, interpretar los preceptos de las Directivas en materia de fusiones que regulan la protección de los acreedores en este tipo de operaciones. No todas las cuestiones presentadas son aceptadas por el Tribunal de Luxemburgo, quien, además, las reformula con el fin de ofrecer una respuesta clara a las preguntas remitidas por el Tribunal austriaco³⁷.

15. El Tribunal de Luxemburgo aborda las cuestiones prejudiciales planteadas en dos bloques. En el primero se trata de saber qué Derecho rige la forma en que la operación de fusión afecta a los bonos emitidos en su día por *Kommunalkredit* y qué Derecho regirá, en su caso, la extinción o modificación de las obligaciones resultantes de dichos bonos. Además, es preciso concretar qué Derecho regirá los mecanismos de protección de los acreedores invocados con carácter subsidiario por la entidad demandante, *Sparkassen Versicherung*.

En segundo lugar, ha de interpretarse la normativa protectora de los acreedores (el art. 15 de la Directiva 78/855). En el caso concreto se trataba de dilucidar si tal normativa habilitaría a los emisores de los bonos para, tal como pretende la entidad demandada, *KA Finanz*, extinguir dichos bonos con la contraprestación, en su caso, de una indemnización a los titulares. Indemnización que en el caso concreto sería inexistente dado el presunto nulo valor de tales bonos en el momento en el que se produce la fusión.

16. Varias de las cuestiones planteada por el tribunal austriaco no son contestadas por el Tribunal de Luxemburgo. En concreto, se niega a pronunciarse sobre la proyección del Convenio de Roma sobre las operaciones de escisión por tratarse de una pregunta especulativa que no es de necesaria respuesta para la resolución del litigio sobre el que tenía que pronunciarse el órgano jurisdiccional requirente, toda vez que en la operación objeto de controversia no se había producido ninguna escisión³⁸; tampoco responde a las cuestiones relativas al Reglamento Roma I, porque por razones temporales, tal como hemos visto, la normativa aplicable es el Convenio de Roma; y tampoco las que se refieren a la Directiva 2011/35³⁹

³⁴ Vid. núm. 28 de la Sentencia *KA Finanz*.

³⁵ Vid. núm. 28 de la Sentencia *KA Finanz*.

³⁶ Vid. núm. 39 de la Sentencia *KA Finanz*.

³⁷ Vid. núms. 47 y 48 de la Sentencia *KA Finanz*.

³⁸ Vid. *supra* n. núm. 30.

³⁹ Vid. *supra* n. núm. 5.

ya que esta Directiva tampoco resultaba aplicable, por razones temporales, al caso que debía resolver el órgano jurisdiccional remitente⁴⁰.

Pese a que la Sentencia no se pronuncie sobre las cuestiones que se acaban de indicar, dada la sensible coincidencia entre el Reglamento Roma I y el Convenio de Roma en lo que se refiere a las cuestiones relevantes para el caso sobre el que tenía que decidir el Tribunal Supremo austriaco⁴¹ las conclusiones a las que llega el Tribunal de Justicia han de ser trasladables a los supuestos en los que resulte aplicable la normativa más moderna.

En el siguiente epígrafe examinaremos la relevancia de las respuestas del Tribunal de Luxemburgo, teniendo en cuenta el estado de la situación desde la perspectiva del Derecho originario de la UE y la jurisprudencia que lo ha interpretado, así como el Derecho derivado aplicable al caso. La consideración de estos dos factores nos permitirá entender mejor el significado de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 7 de abril de 2016.

III. Fusiones internacionales y Derecho europeo

1. *Sevic*

17. La primera decisión del Tribunal de Luxemburgo en materia de fusión internacional de sociedades es la Sentencia *SEVIC*⁴². La decisión se refiere a una fusión intentada en el año 2002 entre una sociedad alemana y una sociedad luxemburguesa. En aquel momento todavía no se había promulgado la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas⁴³ y el Derecho alemán no incluía previsiones sobre las fusiones internacionales. El art. 1 de la *Umwandlungsgesetz* tan solo se ocupaba de la fusión entre sociedades domiciliadas en Alemania⁴⁴. La transposición de la Directiva realizada por el legislador alemán en el año 2007 modificó esta situación y en la actualidad la ley alemana sobre transformaciones societarias incluye un título décimo dedicado a las fusiones internacionales de sociedades de capital⁴⁵; pero en el año 2005, ante la inexistencia de esta normativa, era preciso que se concretara en qué forma el Derecho europeo originario afectaba a la interpretación y aplicación de la normativa sobre fusiones.

El resultado fue interpretar que era inadmisibles una normativa como la alemana, que permitía la fusión entre sociedades regidas ambas por el Derecho alemán, pero prohibía esa operación cuando intervenían sociedades domiciliadas en otro Estado miembro. El razonamiento del Tribunal de Luxemburgo fue que estas operaciones son medios eficaces de transformación societaria⁴⁶ y que, por tanto, permitir dicha operación tan solo en los supuestos internos, pero no en los internacionales, suponía una limitación a la libertad de establecimiento que no era compatible con los arts. 43 y 48 del TCE⁴⁷.

18. El hecho de que la Sentencia *SEVIC* coincidiera con la publicación de la Directiva sobre fusiones internacionales, hace que la importancia práctica de la doctrina sentada en la Sentencia quedara

⁴⁰ De acuerdo con el art. 33 de la Directiva, su entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2011. Tal como hemos visto, la fusión entre *KA Finanz* y *Kommunalkredit* se perfeccionó en el año 2010.

⁴¹ Sobre las diferencias entre el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I en lo que se refiere a la exclusión de las cuestiones societarias *vid. supra* n. núm. 17. En el caso del art. 15 de las Directivas 78/855 y 2011/35 no hay ninguna diferencia en la redacción del precepto en varias versiones lingüísticas de las mencionadas directivas (inglés y francés, por ejemplo). En la versiones en español de la Directiva sí que hay una diferencia, pero mínima: en la Directiva de 1978 la referencia es a los “poseedores de títulos”, mientras que en la Directiva del año 2011 se mencionan los “tenedores de títulos”.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005, *SEVIC Systems AG*, As. C-411/03, EU:C:2005:762.

⁴³ *Vid. supra* n. núm. 5.

⁴⁴ *Vid.* núm. 3 de la Sentencia: El precepto disponía que “Los sujetos de Derecho domiciliados en el territorio nacional podrán transformarse 1. Mediante fusión...” La interpretación del precepto era la de que esta referencia impedía las operaciones de fusión en que participaran sociedades no domiciliadas en Alemania (*vid.* núm. 7 de la Sentencia).

⁴⁵ Mediante la segunda ley de modificación de la *Umwandlungsgesetz* y para la transposición de las reglas sobre participación de los trabajadores en las fusiones de sociedades de capital de diferentes Estados miembros, publicada el 24 de abril de 2007, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=NIM:144325>, consultado el 30 de junio de 2017.

⁴⁶ *Vid.* núm. 21 de la Sentencia *SEVIC*.

⁴⁷ *Vid.* núm. 23 de la Sentencia *SEVIC*.

oscurecida por la aplicación del Derecho derivado. El problema al que daba respuesta la decisión del Tribunal de Luxemburgo, la imposibilidad de que pudieran fusionarse sociedades sometidas a Derechos de diferentes Estados miembros, no existía la establecerse una regulación material que se ocupaba específicamente de dichas operaciones.

La Sentencia, sin embargo, sigue teniendo importancia por el principio que reconoce. La afirmación de que no es compatible con la libertad de establecimiento que el Derecho de un Estado miembro excluya de ciertas operaciones de reestructuración a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros resulta relevante. Se trata de una manifestación específica del principio según el cual no es admisible favorecer a las operaciones puramente internas sobre las internacionales, siempre que quien resulte perjudicada sea una entidad que es titular de la libertad de establecimiento⁴⁸ y no existan razones que justifiquen dicha limitación⁴⁹. La proyección de este principio sobre el caso que nos ocupa resultará también relevante, tal como veremos, ya que una de las cuestiones sobre las que se pronuncia el Tribunal de Luxemburgo es la de si cabe ofrecer un tratamiento diferente a las fusiones internacionales y a las fusiones internas. Abordaremos esta cuestión en el epígrafe IV.

19. Aquí, sin embargo, debe ser planteada al menos la cuestión de si la prohibición de limitar a los supuestos internos operaciones societarias que podrían desarrollarse también en el ámbito internacional ha de interpretarse como una prohibición de tratamiento diferenciado entre los casos internos y los internacionales o, por el contrario, con la imposibilidad de ofrecer a los supuestos internacionales un tratamiento peor que a los internos.

La pregunta no es meramente hipotética. En la sentencia *Impacto Azul* se planteó si era compatible con el Derecho de la UE una regulación nacional que ofrecía un trato más ventajoso a las matrices constituidas en el extranjero de sociedades nacionales que a esas mismas matrices cuando estaban domiciliadas en el Estado de la filial (Portugal en aquel caso)⁵⁰. En concreto, se trataba de saber si la normativa portuguesa que preveía que las matrices debían responder de las deudas de sus filiales, pero excluía de dicha responsabilidad a las matrices domiciliadas fuera de Portugal, era compatible con las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento que regula el TFUE. La respuesta del Tribunal de Luxemburgo fue la de que no existía dicha incompatibilidad dado que la exclusión no convertía en menos atrayente la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado⁵¹.

Es discutible incluso si la Sentencia *Impacto Azul* acertó en la interpretación de la normativa portuguesa cuestionada⁵²; pero con independencia de ello podría plantearse si este trato diferencial entre las situaciones internas e internacionales, pese a aparentemente favorecer a las empresas matrices domiciliadas fuera de Portugal no puede conducir a un tratamiento menos favorable de las operaciones internacionales respecto a las operaciones internas⁵³; pero aquí no nos detendremos en ello. Tan solo lo dejaremos

⁴⁸ Las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de un tercer Estado no gozan de la libertad de establecimiento. Vid en este sentido la Sentencia *Kronos*, STJ (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2014, As. C-47/12, *Kronos International Inc. y Finanzamt Leverkusen*, EU:C:2014:2200.

⁴⁹ Sobre esta posibilidad de restricción basada en razones imperiosas de interés general, vid. en la Sentencia *SEVIC* su núm. 28 con cita de otras decisiones: “No cabe excluir que existan razones imperiosas de interés general, como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores (véase la sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, C-208/00, Rec. P. I-9919, apartado 92), así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales y de la lealtad de las transacciones comerciales (véase la sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C-167/01, Rec. P. I-10155, apartado 132), que, en determinadas circunstancias y respetando ciertos requisitos, puedan justificar una medida que restrinja la libertad de establecimiento”.

⁵⁰ STJ (Sala Novena) de 20 de julio de 2013, As. C-186/12, *Impacto Azul Lda y BPSA 9 – Promoção de Investimentos Imobiliários SA, Bouygues Imobiliária – SGPS, Lda, Bouygues Immobilier SA, Aniceto Fernandes Viegas, Óscar Cabanez Rodríguez*, EU:C:2013:412.

⁵¹ Vid. núm. 36 de la Sentencia *Impacto Azul*.

⁵² Vid. R. DIAS, “Responsabilidad de la matriz por deudas de la filial y Derecho de la UE”, *Área de Dret Internacional Privat*, blog del Área de Derecho Internacional Privado de la UAB, <http://blogs.uab.cat/adipr/2013/07/24/responsabilidad-de-la-matriz-por-deudas-de-la-filial-y-derecho-de-la-ue/>, consultado el 30 de junio de 2017.

⁵³ Vid. CH. TEICHMANN, “Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit. Zugleich Rezension der Entscheidung EuGH, Rs. 186/12 (*Impacto Azul*), *ZGR*, 2014, núm. 1, pp. 45-75, pp. 68-69; P.-H. CONAC, “Droit européen des sociétés. Une législation d’un État membre sur les groupes qui discrimine les sociétés nationales n’est pas contraire à la liberté d’établissement”, *Revue des sociétés*, 2014, núm. 3, pp. 179-185, p. 184; R. ARENAS GARCÍA, “El legislador europeo y el DIPr de sociedades en la UE”, *REDI*, vol. 69, núm. 1, enero-junio 2017, pp. 49-73, pp. 54-55.

apuntado ya que, como veremos en el epígrafe IV, esta es una cuestión que también se plantea respecto a las operaciones de fusión de sociedades y sobre las que se pronuncia la Sentencia que nos ocupa.

2. Derecho derivado y fusiones internacionales

20. El Derecho derivado relevante en materia de fusiones internacionales incluye actualmente la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas y la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital. La primera sustituyó a la Directiva 78/855/CEE, que es la que resulta aplicable en el caso del que se ocupa la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de abril de 2016. Además, y tal y como ya se ha indicado, hemos de considerar la Directiva 2017/1132 que codifica el Derecho derivado en materia societaria⁵⁴. En el caso de las fusiones internacionales ambos textos han de ser considerados, ya que el régimen de las fusiones transfronterizas no es materialmente distintos del de las fusiones internas. De hecho, la indicación que se realiza en la Directiva 2005/56/CE es la de que a salvo de que se establezca otra cosas, el régimen aplicable es el propio de una fusión nacional⁵⁵; régimen que en los países miembros de la UE se encuentra armonizado como consecuencia de las Directivas sobre fusiones que acaban de ser mencionadas (Directiva 78/855/CEE y Directiva 2011/35/UE).

Cuando en el año 1978 se promulgó la Directiva sobre fusiones se sentaron las bases para un Derecho común a los Estados miembros de la UE (entonces CEE) en materia de fusiones de sociedades, regulando los distintos tipos de fusiones y el procedimiento para llevar a cabo la operación, incluyendo las garantías que se establecían para los acreedores de las sociedades intervinientes en la operación⁵⁶. Ahora bien, dado que esta Directiva tan solo se ocupaba de las fusiones internas⁵⁷, la regulación de las fusiones internacionales quedaba al margen del Derecho derivado. Esto explica que se hubiera producido la situación de la que se ocupó la Sentencia *SEVIC* y que comentábamos en el epígrafe anterior. De acuerdo con lo que hemos visto, las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento impedían que la operación de fusión societaria se limitara a los supuestos puramente internos; pero a la vez, resultaría difícil que sin una normativa que desarrollara el procedimiento de la fusión internacional, ésta pudiera integrarse a partir tan solo de las legislaciones nacionales y del principio establecido en la Sentencia *SEVIC*. La Directiva 2005/56/CE ofreció una solución al problema que se planteaba de la exigencia de admisión de las fusiones internacionales y quizás no sea totalmente casual que la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en este caso fuera posterior en unos semanas a la publicación de la Directiva⁵⁸.

21. La Directiva sobre fusiones internacionales establece la obligación de que los Estado miembros admitan la operación⁵⁹ y se ocupa del procedimiento de fusión teniendo en cuenta las particularidades de las operaciones internacionales de transformación societaria, que involucran autoridades y controlen en más de un Estado. Así, se especifica el contenido del proyecto común de fusión (art. 5) del informe de los órganos de dirección y de administración (art. 7), de los informes periciales necesarios (art. 8) y de la forma en que ha de producirse la aprobación por la junta general (art. 9). Además, se establecen mecanismos que permiten la cooperación entre los distintos ordenamientos que intervienen en

⁵⁴ *Vid. supra* n. núm. 5.

⁵⁵ *Vid.* Cdo. 3 de la Directiva 2005/56/CE: “Con el fin de facilitar las operaciones de fusión transfronteriza, resulta oportuno establecer que, si la presente Directiva no dispone lo contrario, cada sociedad que participe en la fusión transfronteriza, así como cada tercero interesado, sigan estando sometidos a las disposiciones y los trámites de la legislación nacional que serían aplicables en caso de una fusión nacional”

⁵⁶ Arts. 13 a 15 de la Directiva 78/855/CEE.

⁵⁷ *Vid.* el art. 2 de la Directiva: “Los Estados miembros organizarán, para las sociedades sujetas a su legislación, la fusión por absorción de una o varias sociedades por otra y la fusión por constitución de una nueva sociedad”. Como puede apreciarse las obligaciones derivadas de la Directiva se limitan a las operaciones societarias que impliquen a sociedades sujetas todas ellas a la legislación del Estado que regula la operación.

⁵⁸ Tal como ya se ha indicado (*supra* n. núm. 5), la Directiva 2005/56 se publicó en el 25 de noviembre de 2005, mientras que la Sentencia *SEVIC* es de fecha 13 de diciembre de 2005.

⁵⁹ *Vid.* el Cdo. 2 de la Directiva: “La presente Directiva debe facilitar la fusión transfronteriza de sociedades de capital tal como se definen en la misma. La legislación de los Estados miembros debe permitir la fusión transfronteriza de una sociedad de capital nacional con una sociedad de capital de otro Estado miembro si la legislación nacional de los Estados miembros afectados permite las fusiones entre dichos tipos de sociedades”

la operación, en particular en lo que se refiere a la emisión de certificados que prueben que en el Estado de cada una de las sociedades que intervienen en la operación se han desarrollado correctamente las actuaciones necesarias para que pueda perfeccionarse la fusión⁶⁰.

La Directiva, sin embargo, y tal como hemos adelantado, no supone una regulación material diferenciada de las fusiones internas e internacionales, sino que descansa en la aplicación de la normativa de los Estados miembros, aunque dejando en ocasiones abierta la cuestión de qué Derecho nacional deberá aplicarse. Una de las cuestiones en las que se puede plantear esta duda es la de la concreción de los derechos de los acreedores de las sociedades que participan en la fusión. Como sabemos, esta era la cuestión nuclear en el litigio en el que tiene su origen la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 7 de abril de 2016 y donde sienta una doctrina más interesante. En el siguiente epígrafe nos ocuparemos de la forma en que el Tribunal de Justicia aborda esta cuestión.

3. Significado de la decisión del Tribunal de Luxemburgo en *KA Finanz*

A) Aspectos conflictuales

22. De acuerdo con lo que hemos visto, la tarea de interpretación que asume el Tribunal de Luxemburgo en esta decisión se centra en determinar en qué forma la fusión por absorción de una sociedad afecta a los derechos de ciertos acreedores de la sociedad absorbida. Esta cuestión ha de ser respondida tanto desde una perspectiva conflictual como material. Es decir, ha de determinarse cómo se articulan los diferentes Derechos vinculados con el caso (en principio, el Derecho rector de la obligación de la que nace el crédito, el Derecho rector de la sociedad absorbente y el Derecho rector de la sociedad absorbida) y, además, y en tanto en cuanto sea cual sea el Derecho aplicable al final se tratará de la ley de un Estado miembro de la UE, en qué forma ha de interpretarse la normativa europea en materia de protección de los acreedores, que debería haber sido transpuesta por todos los Estados vinculados con el caso.

En este epígrafe nos ocuparemos de las cuestiones conflictuales abordadas por el Tribunal de Luxemburgo, para en el siguiente tratar brevemente de los aspectos sustantivos de la sentencia.

23. Tal como se acaba de indicar, el Tribunal de Luxemburgo ha de determinar en qué forma se articulan los Derechos rectores de la obligación de la que se deriva el crédito de *Sparkassen Versicherung* contra *Kommunalkredit* y los que rigen la operación de fusión. Para ello ha de determinar qué instrumentos han de utilizarse en la determinación del Derecho aplicable a cada una de estas operaciones.

En lo que se refiere al bono emitido en su día por *Kommunalkredit*, el Tribunal de Luxemburgo interpreta que es el Convenio de Roma de 1980 el aplicable⁶¹. Tal como se ha indicado en el epígrafe II.1 podría plantearse la duda de si la emisión como tal está afectada por la exclusión de las cuestiones societarias prevista en el art. 1.2.e) del Convenio de Roma; pero se trata de un problema que ni siquiera es considerado por el Tribunal de Luxemburgo. De esta forma, no plantea duda la aplicación del Convenio de Roma y, a partir de ahí, y en función de la elección de ley incluida en las condiciones de emisión del bono, del Derecho alemán.

24. El punto de partida, por tanto, es el de que en el momento de la suscripción de los bonos, es el Derecho alemán el rector de las obligaciones y derechos que se derivan de ellos. A partir de aquí se trata de determinar en qué forma la operación de fusión podría afectar a dichas obligaciones y derechos regidos, como se acaba de ver, por el Derecho alemán. Para ello ha de determinarse qué Derecho rige la fusión, y para ello el Tribunal de Luxemburgo descarta la aplicación del Convenio de Roma. Tal como vimos en el epígrafe II.1 anterior⁶², podría plantearse la duda sobre si la exclusión de la materia societaria en el art. 1.2.e) incluye o no las fusiones de sociedades. El Informe Giuliano/Lagarde explica que no se quiso incluir expresamente la referencia a las fusiones, pero que la mayoría de las delegaciones entendían que la exclusión alcanzaba a éstas operaciones.

⁶⁰ Vid. los arts. 10 y 11 de la Directiva.

⁶¹ Tal como ya se ha indicado (*supra* epígrafe II.1), el Reglamento Roma I no es aplicable por razones temporales.

⁶² En concreto, en el párrafo 10.

El hecho de que el tenor del Convenio de Roma no incluya referencias a las fusiones y que el Informe Giuliano/Lagarde indique que se había solicitado tal inclusión que finalmente no se realizó deja las puertas abiertas a una duda que el Tribunal de Luxemburgo resuelve con claridad, manteniendo que las operaciones de fusión no están reguladas por el Convenio de Roma⁶³, conclusión que deberá entenderse proyectada también sobre el Reglamento Roma I, dada la similitud entre el tenor de la exclusión de la materia societaria en uno y otro instrumento.

La afirmación del Tribunal de Luxemburgo en relación a esta cuestión es, por tanto, relevante, y una de las aportaciones de la Sentencia; aunque no eliminará totalmente las dudas sobre el alcance real de la exclusión. Tal como habíamos visto⁶⁴, los contratos que vinculen a los promotores de la sociedad y orientados a la creación de ésta no están afectados por lo previsto en el art. 1.2.e) del Convenio de Roma. Es de suponer que este matiz también se extiende a las operaciones de fusión, de tal forma que la exclusión se referiría únicamente a las operaciones con transcendencia societaria directa; esto es, al acuerdo de fusión entre las dos compañías, no a los acuerdos previos orientados a preparar la operación. En el caso que nos ocupa esta distinción no será relevante; pero conviene tenerla en cuenta para otros supuestos en los que deban determinarse los límites del Convenio de Roma (o del Reglamento Roma I) respecto a las operaciones societarias.

25. En relación al caso que nos ocupa, sin embargo, la distinción anterior, tal como se ha indicado, no será relevante toda vez que de lo que se trata es de determinar cómo se articula el Derecho rector del bono con la normativa que regula los efectos de la fusión, no los acuerdos previos a su perfeccionamiento, y en relación a esta materia la exclusión del Convenio de Roma parece clara. La no aplicación del Convenio de Roma facilita la implementación de la normativa que resulta de las Directivas relativas a fusiones que ya examinamos en el epígrafe III.2 anterior. De existir normativa conflictual relevante para el caso, sería preciso estudiar la articulación de dicha normativa con las mencionadas Directivas, pero excluida la aplicación del Convenio de Roma puede pasarse directamente a la consideración de aquéllas.

El Tribunal de Luxemburgo es lo que hace, examina estas Directivas para, a partir de este examen determinar en qué forma la fusión afecta a las obligaciones de las que son parte las sociedades que participan en la fusión. De este examen resulta que la fusión tiene como efecto que la sociedad resultante de la fusión (la sociedad absorbente en el caso que nos ocupa) sucede a la absorbida en sus derechos y obligaciones⁶⁵, lo que trae como consecuencia que la fusión no modifica la ley aplicable a los contratos que hubiera concluido la sociedad absorbida⁶⁶. La conclusión es relevante, pues aunque es, desde luego, lógica, no viene expresamente establecida en las Directivas sobre fusiones, sino que se trata de una consecuencia –a juicio del Tribunal de Luxemburgo– de la previsión del art. 14.2.a) de la Directiva 2005/56/CE, que prevé la transmisión íntegra a la sociedad absorbente del activo y pasivo de la sociedad absorbida. De esta transmisión íntegra el Tribunal deduce que la fusión no produce ni extinción ni novación de las obligaciones de la sociedad absorbida. Es decir, se transmiten a la sociedad absorbente sin modificación alguna; más allá –es de suponer– que el cambio en el sujeto titular de los derechos y obligaciones. En el planteamiento del Tribunal de Luxemburgo esta consecuencia se impone directamente a través de las Directivas en materia de fusiones (y su transposición nacional, claro) y sin consideración de lo que establezca el Derecho rector del contrato o relación jurídica, lo que resulta intuitivamente correcto; pero quizás hubiera sido conveniente un mayor desarrollo de la justificación del mismo.

Efectivamente, si el contrato se rige por el Derecho establecido en el Convenio de Roma, y aunque no se recoja expresamente en su texto, se ha interpretado que la *lex contractus* también rige las

⁶³ Vid. el número 52 de la Sentencia *KA Finanz*.

⁶⁴ *Supra* párrafo núm. 6.

⁶⁵ Vid. núm. 57 de la Sentencia *KA Finanz*: “Por lo que respecta al efecto de tal operación, del artículo 14, apartado 2, letra a) de dicha Directiva [la Directiva 2005/56/CE] resulta que la fusión transfronteriza producirá, a partir de la fecha de efecto de dicha fusión, la transferencia de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente”.

⁶⁶ Vid. núm. 58 de la Sentencia *KA Finanz*: “Así pues, una fusión por absorción implica que la sociedad absorbente adquiere la sociedad absorbida íntegramente, sin la extinción de las obligaciones que provocaría una liquidación, y produce, sin novación, la subrogación de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente como parte en todos los contratos celebrados por aquélla. Por consiguiente, la ley que era aplicable a esos contratos antes de la fusión sigue siendo la ley aplicable tras dicha fusión.”

modificaciones de éste⁶⁷, con lo que esta *lex contractus* también debería ser tenida en cuenta para los cambios en la posición de parte de la relación⁶⁸. De esta forma, no debería ser ajeno al estatuto contractual el cambio en la posición de deudor que se deriva de la fusión. Esta, como vemos, es una perspectiva que no considera el Tribunal de Luxemburgo, quien se apoya directamente en el contenido de la Directiva sobre fusiones internacionales para concluir que la fusión supone el cambio mencionado en el contrato, sin atender en absoluto a las previsiones de la *lex contractus*. Esta es una consecuencia relevante de la Sentencia de 7 de abril de 2016 y queda por saber si esta conclusión sería extrapolable a supuestos en los que la modificación respecto a la condición de obligado se derivara de una operación societaria en la que no resultara aplicable el Derecho derivado de la UE⁶⁹. En este supuesto ya no sería posible recurrir a una hipotética aplicación directa del Derecho derivado y sería necesario determinar en qué forma se articulan el estatuto contractual y societario. Seguramente resultaría aconsejable mantener que las previsiones societarias sobre transferencia del activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente serían aplicables con independencia de lo que estableciera el Derecho rector del contrato u obligación de que se tratara. Cuando el estatuto contractual viniera regulado por el Convenio de Roma de 1980 o por el Reglamento Roma I este resultado podría alcanzarse considerando que la exclusión de las cuestiones societarias, incluidas las transformaciones societarias, incluye también los efectos de estas transformaciones sobre el estatuto contractual. A partir de aquí debería determinarse la articulación entre un estatuto y otro (estatuto contractual y societario) de acuerdo con las reglas habituales en materia de calificación; en este caso dando preferencia a la calificación societaria en lo que se refiere a la forma en que las partes del contrato se ven alteradas como consecuencia de una transformación societaria. Este principio parece ínsito en el razonamiento del Tribunal de Luxemburgo y resulta también de necesaria consideración para el siguiente problema del que deberemos ocuparnos: el régimen de protección de los acreedores en el proceso de fusión.

26. De acuerdo con lo que se acaba de ver, la ley rectora del bono emitido por *Kommunalkredit* no se modifica como consecuencia de la absorción de esta sociedad por *KA Finanz*; pero sí que se altera la persona del obligado, y eso como consecuencia de lo establecido en la normativa europea sobre fusiones. Sin explicitar totalmente su razonamiento, el Tribunal de Luxemburgo mantiene la necesidad de que lo establecido en dicha normativa sobre las consecuencias de la fusión sea aplicado, con independencia de lo que establezca la *lex contractus*.

Esta misma preferencia de la normativa societaria en materia de fusiones se aprecia en lo que se refiere a la protección de los acreedores como consecuencia de la operación. Tal como ya se ha indicado, una de las cuestiones reguladas por el Derecho derivado en materia de fusiones es el régimen de protección de los acreedores de las sociedades que intervienen en la operación⁷⁰. En concreto, los arts. 13 a 15 de la Directiva 78/855/CEE establecen la obligación de las legislaciones de los Estados miembros de regular un sistema de protección adecuado para los acreedores de las sociedades que se fusionan. Como mínimo estas legislaciones han de prever que los acreedores obtendrán garantías adecuadas cuando la situación financiera de las sociedades que se fusionan haga necesaria esa protección y sus créditos no tengan ya esas garantías. Además se regula también la protección de los obligacionistas y de quienes tengan títulos distintos de las acciones a los que se atribuyan derechos especiales. La obligación contenida en la Directiva es la misma para todos los Estados miembros, pero la transposición de la misma variará en cada país, por lo que resulta relevante conocer cuál será el Derecho que regirá esta protección del acreedor, normativa societaria que, además, tal como hemos visto, tendrá la capacidad de incidir en

⁶⁷ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.* n. núm. 24, p. 603.

⁶⁸ Vid. D. MARTINY, “Geltungsbereich des Vertragsstatuts”, en CH. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), *op. cit.* n. núm. 17, pp. 193-320, pp. 201 y 237. L. HÜBNER (*loc. cit.* n. núm. 2, p. 555) mantiene, sin embargo, que esta cuestión está excluida del estatuto contractual.

⁶⁹ Porque, por ejemplo, la sociedad absorbente o absorbida no estuviera domiciliada en un Estado miembro de la UE.

⁷⁰ Vid. *supra* párrafo núm. 11. Esta solución resulta adecuada. Si la protección de los acreedores en caso de fusión variara en función del Derecho rector de la operación de la que surge el crédito se dificultaría enormemente este tipo de operaciones, vid. F.J.GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Universal versus individual transfer of assets and liabilities. A Conflict-of Laws Perspective”, en J. SCHMIDT/C. ESPLUGUES/R. ARENAS GARCÍA (eds.), *EU Law after the Financial Crisis*, Cambridge/Amberes/Portland, Intersentia, 2016, pp. 211-225, esp. p. 219.

el régimen de la relación jurídica de la que se derive el crédito al margen de lo que establezca la ley que rijan dicha relación (la *lex contractus* si se trata de una obligación contractual).

La solución que aporta el Tribunal de Luxemburgo, extraída del Considerando 3 y del art. 4 de la Directiva 2005/56/CE es la de que dicho Derecho es el rector de la sociedad deudora⁷¹. Tal como hemos visto, ese Cdo. 3 prevé que en las fusiones internacionales, a aquello que no esté regulado por la Directiva se le aplicará la normativa nacional sobre fusiones de cada sociedad participante. El art. 4, a su vez, especifica que cada sociedad que participe en la fusión deberá cumplir con las obligaciones y trámites previstos en el Derecho al que esté sujeta. La combinación del Cdo. y del artículo nos conducen sin excesivas dificultades a la aplicación, en lo que se refiere a la protección de los acreedores, del Derecho de la sociedad deudora, tal como correctamente interpreta el Tribunal de Luxemburgo.

27. La afirmación del Tribunal de Luxemburgo tiene, además, otra virtualidad: la de indicar que la normativa sobre protección de los acreedores que ha de aplicarse es precisamente la misma que en las fusiones internas. Así se deduce de la indicación de que la normativa que ha de aplicarse es la misma que debería considerarse en el caso de una fusión nacional. Es decir, no solamente se determina que la ley aplicable a la protección de los acreedores ha de ser la de la sociedad deudora, sino que, además, se prevé que esta normativa no ha de presentar diferencias entre las fusiones internas y las internacionales. En el epígrafe IV deberemos volver sobre esta cuestión.

La precisión del Tribunal es relevante porque en algunos Estados se había planteado una regulación diferenciada para la protección de los acreedores en las fusiones internacionales y en las internas. Esto había sido criticado por la doctrina, por implicar una restricción a la libertad de establecimiento –de lo que nos ocuparemos en el epígrafe IV– bastando aquí señalar que la decisión del Tribunal de Luxemburgo parece cerrar esta posibilidad⁷².

B) Aspectos materiales

28. La sentencia de 7 de abril de 2017 no se limita a determinar qué Derecho ha de regir la obligación derivada de los bonos emitidos por la sociedad chipriota y qué Derecho ha de regir la forma en que la absorción de la sociedad emisora por una sociedad austriaca afecta a los derechos de los acreedores de la sociedad absorbida, sino que también se le pide que interprete un precepto concreto de la Directiva 78/855/CEE, su art. 15, que regula los derechos de quienes poseen títulos distintos de las acciones a los que corresponden derechos especiales. La transposición al Derecho austriaco de este precepto se realizó mediante el art. 226.3 de la *Aktiengesetz*⁷³ y éste precepto es el que es utilizado por el demandado para pedir que se declare que los derechos respecto a los bonos se extinguieron como consecuencia de la fusión⁷⁴ como por el demandante para exigir una compensación por su extinción⁷⁵.

La interpretación de este precepto exige considerar dos aspectos diferentes: por una parte, si los bonos pueden ser considerados como títulos distintos de las acciones a los que corresponden derechos especiales. Por otra parte, si habilita para que el emisor de los títulos los cancele como consecuencia de la fusión. Esta última cuestión no da cuenta completa del debate entre demandado y demandante en relación al art. 226.3 de la *Aktiengesetz* austriaca; pero hemos de recordar que la cuestión prejudicial tan solo pretende que se aclare la interpretación de los preceptos de Derecho europeo relevantes para el caso, no

⁷¹ Vid. número 60 de la Sentencia *KA Finanz*: “Por lo que respecta a la protección de los acreedores en una fusión transfronteriza que invoca la Sparkasse Versicherung en su pretensión subsidiaria, hay que señalar que del considerando 3 y del artículo 4 de la Directiva 2005/56 resulta que una sociedad que participe en una fusión transfronteriza sigue estando sometida, en cuanto a la protección de sus acreedores, a las disposiciones y a los trámites de la legislación nacional que sería aplicable en una fusión nacional.”

⁷² Vid. J. SCHMIDT, *Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?*, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizen’s rights and constitutional affairs, 2016, p. 18 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU\(2016\)556960_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU(2016)556960_EN.pdf), consultada el 30 de junio de 2017).

⁷³ Vid. número 18 de la Sentencia *KA Finanz*.

⁷⁴ Petición subsidiaria a su alegación principal que, como hemos visto (*supra* párrafo núm. 13) es la de que se trataba de fondos propios de la entidad que, por su propia naturaleza, no podían sobrevivir a la fusión.

⁷⁵ Vid. apartado 26 de la sentencia *KA Finanz*.

una completa resolución del litigio. Es por eso que de las distintas cuestiones relativas a este precepto (la cuestión del cálculo en su caso de la indemnización que debería satisfacerse por la cancelación de los bonos, por ejemplo) tan solo las señaladas serán objeto de atención por el Tribunal de Luxemburgo.

29. En lo que se refiere a la determinación de si los bonos objeto del litigio han de ser considerados como títulos distintos de las acciones que otorguen derechos especiales la respuesta del Tribunal no es concluyente, pues este extremo solamente puede verificarse a la luz de circunstancias de hecho que corresponde valorar al tribunal nacional⁷⁶. Ahora bien, avanza que no parece que los bonos puedan ser incluidos en dicha categoría pues ésta ha de limitarse a las obligaciones convertibles en acciones, las obligaciones a las que corresponden derechos de suscripción preferente, las obligaciones participativas en beneficios y los derechos de suscripción. Los bonos no implican participación en beneficios ni pueden convertirse en capital social, por lo que deberían ser excluidos de la previsión del art. 15 de la Directiva⁷⁷.

Sí que es concluyente el Tribunal en el segundo de los aspectos que deben ser considerados en la interpretación del art. 15 de la Directiva, el relativo a la posibilidad de que los títulos fueran rescindidos por el emisor de los mismos y no por el adquirente. El Tribunal de Luxemburgo niega esta posibilidad afirmando que el art. 15 otorga derechos a los propietarios de los títulos, no a quienes los han emitido, por lo que en ningún caso *KA Finanz*, sucesora de la emisora, *Kommunalkredit*, podría haberlos anulado como consecuencia de la fusión. Una solución que parece razonable y que obligará al Tribunal austriaco a interpretar en este sentido la norma nacional que traspuso la Directiva.

30. Volviendo a las consideraciones conflictuales, no puede dejar de señalarse que es quizás sorprendente que la interpretación se haga de la normativa austriaca y no de la chipriota. Como se recordará, el Tribunal de Luxemburgo había indicado que los derechos de los acreedores deberían ser los que corresponderían en el caso de una fusión nacional; esto es, para el supuesto de que fuera una sociedad sometida a la legislación de Chipre la que absorbiera a la emisora de los títulos. De esta forma, sería el Derecho chipriota el aplicable⁷⁸.

El Tribunal de Luxemburgo está condicionado por la cuestión prejudicial planteada, y la aplicación del Derecho austriaco y no del chipriota puede derivarse de las particularidades del *iter* procesal seguido en Austria. Por otra parte, el Tribunal de Luxemburgo no ha de interpretar el Derecho austriaco, sino la Directiva europea. Ahora bien, también hubiera sido posible haber desestimado la cuestión relativa a la adecuación del art. 226.3 de la *Aktiengesetz* por considerarlo no aplicable al caso; pero esto hubiera obligado al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre el carácter imperativo de la aplicación del Derecho extranjero reclamado ante los tribunales de un Estado miembro, cuestión que sigue abierta en el Derecho de la UE⁷⁹.

IV. Fusiones internacionales y libertad de establecimiento

1. Alcance de la libertad de establecimiento en materia societaria

31. La cuarta cuestión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* austriaco pretendía que el Tribunal de Luxemburgo se pronunciara sobre si del Derecho europeo originario (libertad de establecimiento, libre prestación de servicios o libre circulación de capitales y pagos) se derivaba alguna obligación en relación a la aplicación del Derecho de la sociedad absorbida o absorbente a las operaciones de fusión⁸⁰. La pregunta es pertinente, como veremos, pero el Tribunal de Luxemburgo no llega a responderla. La agrupa con las cuestiones prejudiciales primera y quinta y da una respuesta conjunta en

⁷⁶ Vid. núm. 67 de la Sentencia *KA Finanz*.

⁷⁷ Vid. núm. 65 de la Sentencia *KA Finanz*.

⁷⁸ En este mismo sentido, vid. L. HÜBNER, *loc. cit.* n. núm. 2, p. 557.

⁷⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA, "Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas", *REDI*, vol. 68/2, julio-diciembre 2016, pp. 133-156, pp. 135-138.

⁸⁰ Vid. núm. 39 de la Sentencia *KA Finanz*.

relación a la ley aplicable a las obligaciones derivadas de los bonos emitidos por la sociedad absorbida y la forma en que pueden verse afectados por la fusión; respuesta que no considera las exigencias de la libertad de establecimiento, sino que resuelve a partir de la consideración del Convenio de Roma y de las Directivas en materia de fusiones, tal como vimos en el epígrafe III.

Esta ausencia de referencia a las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento es significativa, como también lo es que, tal como hemos visto, la sentencia sí se ocupe de una cuestión vinculada con la libertad de establecimiento y que, sin embargo, no le había sido planteada directamente; en concreto la de saber si pueden existir diferencias en cuanto a la protección de los acreedores en las fusiones internas e internacionales. A continuación nos ocuparemos de estas cuestiones tras realizar un somero repaso a la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo en materia de libertad de establecimiento de sociedades, ofreciendo así un contexto a la sentencia de 7 de abril de 2016.

32. El Tribunal de Luxemburgo ha construido una rica doctrina en materia de DIPr de sociedades a partir de las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento. Desde la Sentencia *Centros* del año 1999⁸¹ o incluso antes, con la Sentencia *Daily Mail* de 1988⁸² se ha ido desarrollando un sistema regulador de la actividad internacional de las sociedades con cierta complejidad y matices que descansa tan solo sobre la previsión que ahora contiene el art. 54.1 del TFUE⁸³. De dicha regulación se desprende que las sociedades válidamente creadas en un Estado miembro han de ser reconocidas en el resto de Estados miembros y, además, en principio el Derecho que habrá de aplicarse en todas las cuestiones de carácter societario es, precisamente el Derecho del Estado de constitución⁸⁴. La aplicación de un Derecho diferente al del Estado de constitución tan solo será posible si dicha aplicación se encuentra justificada por razones de interés general, es adecuada y proporcional al fin pretendido, no es discriminatoria y no existen alternativas a dicha aplicación menos gravosas para la libertad de establecimiento⁸⁵. Además, en lo que se refiere a la transformación societaria, ya hemos visto cómo la Sentencia *SEVIC* había establecido que no es posible limitar las operaciones de fusión a los casos internos, de tal manera que si es admisible la operación respecto a sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho del Estado que ha de pronunciarse sobre la fusión, también ha de ser posible si intervienen sociedades constituidas en otros Estados miembros. Esta misma idea, se encuentra en la Sentencia *VALE* en relación a la transferencia internacional del domicilio social⁸⁶ y volveremos sobre ella enseguida en relación a la Sentencia *KA Finanz*. Finalmente, en la Sentencia *Cartesio*⁸⁷, si bien en un *obiter dicta* el Tribunal estableció que las sociedades constituidas en un Estado miembro tienen derecho a transformarse en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro⁸⁸.

Éste es el contexto en el que se inserta la cuestión planteada por el Tribunal Supremo austriaco en el caso *KA Finanz*. Dada la relevancia que el derecho a la libertad de establecimiento tiene en relación

⁸¹ STJ de 9 de marzo de 1999, As. C-212/97, *Centros Ltd. y Erhvevs-og Selskabsstyrelsen*, EU:C:1999:126.

⁸² STJ de 27 de septiembre de 1988, As. C-81/87, *The Queen y H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, EU:C:1988:456.

⁸³ “Las sociedades constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”.

⁸⁴ *Vid.* sobre la delimitación material de esta llamada a la legislación del Estado de constitución de la sociedad M. GARDEÑES SANTIAGO, “Observaciones acerca del establecimiento transfronterizo de sociedades en la Unión Europea”, en C. GÓRRIZ LÓPEZ/R. ARENAS GARCÍA (coords.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 45-71, pp. 65-68.

⁸⁵ Para una valoración de conjunto de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de DIPr de sociedades me remito a R. ARENAS GARCÍA, “Sombras y luces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de DIPr de sociedades”, en C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhígues*, València, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 739-759; *id.*, “Lex societatis y derecho de establecimiento”, en R. ARENAS GARCÍA/C. GÓRRIZ LÓPEZ/J. MIQUEL RODRÍGUEZ (coords.), *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el Derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 127-169.

⁸⁶ STJ (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, As. C-378/10, *VALE Építési Kft*, EU:C:2012:440. Sobre la necesidad de dar a las transferencias internacionales de domicilio social un trato equivalente a las transferencias internas *vid.* el núm. 56 de la Sentencia.

⁸⁷ STJ (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, As. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, EU:C:2008:723.

⁸⁸ *Vid.* los núms 111 a 113 de la Sentencia *Cartesio*.

al Derecho de sociedades en la UE resulta lógico interrogar al Tribunal sobre la posible incidencia de tal libertad de establecimiento en relación al caso planteado. Quizás las referencias a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de capitales requerirían alguna justificación adicional, pues si bien se trata de libertades que en ocasiones se presentan como estrechamente relacionadas; sería necesario constatar qué incidencia podría tener cada una de ellas en el caso del que deber ocuparse el Tribunal de Luxemburgo. Es por ello que aquí nos ocuparemos únicamente de la libertad de establecimiento, ya que, como veremos, tanto el supuesto en el que se inserta la decisión del Tribunal de Luxemburgo como la propia decisión pueden presentar algún interés.

33. En lo que se refiere al supuesto, hemos de considerar si la libertad de establecimiento introduce algún condicionamiento en la identificación del derecho rector de la fusión internacional. Tal como hemos visto, la aplicación de la ley del Estado de constitución está claramente establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, por lo que sería conveniente explorar si esta idea se proyecta de alguna manera en el caso mencionado. De acuerdo con lo que hemos visto en los epígrafes anteriores, una de las claves del supuesto analizado por la Sentencia del TJ de 7 de abril de 2016 es la interrelación entre la ley rectora de la obligación de la que surge el crédito y las leyes rectoras de la fusión, en principio las de los Estados de constitución de las sociedades que intervienen en la operación.

A continuación nos ocuparemos de este extremo y en el siguiente epígrafe abordaremos la otra dimensión de la libertad de establecimiento proyectada sobre el caso: la cuestión de si es compatible con esta libertad de establecimiento ofrecer un tratamiento diferenciado a la protección de los acreedores en las fusiones internas y en las internacionales.

34. Tal como hemos visto, el Tribunal de Luxemburgo indica que la regulación de la protección de los acreedores en un supuesto de fusión ha de ser la prevista por el Derecho de la sociedad deudora. El Tribunal deriva la solución de las Directivas en la materia, pero cabe preguntarse si sería posible otra opción o si ésta es la única que resultaría compatible con las exigencias de la libertad de establecimiento.

Entiendo que sería difícil llegar a una solución diferente a la propuesta. A salvo de una armonización sustancial por vía de Reglamento del régimen de las garantías de los acreedores en los supuestos de fusiones internacionales deberá seguir lo previsto en el Derecho de la sociedad deudora. La sociedad deudora sabe que en el caso de una operación de fusión habrá de asumir las garantías respecto a los acreedores que prevé su Derecho. Si en vez de verse obligada por estas garantías tuviera que implementar las establecidas en el Derecho de la sociedad absorbente o la de nueva constitución que se cree como consecuencia de la fusión la operación de fusión internacional sería, en principio, menos interesante que la operación de fusión interna. Al menos en lo que se refiere a la tarea de averiguación y previsión respecto a las garantías exigidas. Es cierto que, finalmente, las garantías que tuviera que prestar podrían ser menores que las previstas en su propio Derecho; pero en un supuesto con el que existe cierta igualdad de razón, como es el de la aplicación de la normativa sobre responsabilidad de los administradores no del Derecho del Estado de constitución de la sociedad, sino del de una de sus sucursales⁸⁹, el Tribunal de Justicia, sin entrar en el contenido del Derecho aplicable, entendió que la aplicación de un Derecho diferente del de constitución de la sociedad constituía en sí mismo una limitación a la libertad de establecimiento. Esta misma idea en relación al caso que nos ocupa conduciría a la necesidad de que en caso de fusión se apliquen las garantías previstas en el Derecho del Estado de la sociedad deudora.

Desde la perspectiva del acreedor, tampoco sería una buena solución la opción por la aplicación del Derecho de la sociedad que sustituye a la que desaparece como consecuencia de la fusión. Quien se coloca en la posición de acreedor de una sociedad ha de ser consciente de que su posición puede ser alterada como consecuencia de una operación de fusión en la que la sociedad deudora sea substituida por otro sujeto de Derecho (la sociedad absorbente o la nueva sociedad que resulte de una fusión por constitución), y que ese riesgo se verá reducido en función de las previsiones incorporadas al Derecho

⁸⁹ Sentencia *Inspire Art*. STJ de 30 de septiembre de 2003, As. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam y Inspire Art Ltd*, EU:C:2003:512. Sobre la limitación para la libertad de establecimiento que resulta de la aplicación de un Derecho diferente del Derecho del Estado de constitución respecto a la responsabilidad de los administradores *vid.* el núm. 101 de la Sentencia.

rector de la sociedad. Si en el caso de una fusión internacional el régimen fuera no el del Derecho de la sociedad deudora, sino el de la sociedad que la sustituya como resultado del proceso de fusión se introduciría un aleas en la relación entre acreedor y sociedad deudora que resultaría difícilmente justificable y que, incluso, podría implicar el establecimiento de salvaguardas por parte del acreedor ante el supuesto de una fusión internacional con participación de la sociedad deudora.

35. Así pues, pese a que el Tribunal de Luxemburgo no ha tenido que recurrir a las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento para justificar la aplicación del Derecho del Estado de la sociedad deudora a las garantías para los acreedores en el caso de una fusión transfronteriza, dicha aplicación parece coherente con las obligaciones que se derivan de este principio. Es cierto que la existencia de una legislación armonizada sobre garantías de los acreedores en caso de fusión⁹⁰ limita las divergencias entre los diferentes Derechos europeos en la materia; pero el hecho de que se haya planteado la cuestión prejudicial que sirve de fundamento a la sentencia de 7 de abril de 2016 indica que no es una cuestión absolutamente irrelevante; por lo que, a falta de una regulación uniforme de la materia por vía de un Reglamento europeo, la explicitación de que será necesariamente el Derecho del Estado al que se encuentre sometida la sociedad deudora el que será aplicado en relación a las garantías de los acreedores en las fusiones internacionales favorece la seguridad jurídica.

Ahora bien, como veremos en el siguiente epígrafe, aún queda una duda pendiente: la de si los legisladores de los Estados miembros pueden establecer una normativa específica para la protección de los acreedores en las fusiones internacionales o si, necesariamente, la normativa aplicable será la que rige esta protección en las fusiones internas. Lo trataremos a continuación.

2. La aplicación necesaria de la normativa relativa a las fusiones internas

36. Tal como se había adelantado⁹¹, en algunos países se había optado por establecer garantías para los acreedores diferenciadas en las fusiones internacionales y en las fusiones internas⁹². Así, en Alemania el § 122j de la *Umwandlungsgesetz*⁹³ incluye un régimen de protección que solamente se aplica a las fusiones internacionales. También Austria incluye una protección diferenciada para los acreedores en las fusiones internacionales⁹⁴. La doctrina había cuestionado la adecuación de esta regulación diferenciada y, como hemos visto, la sentencia *KA Finanz* se pronuncia sobre esta cuestión, negando que sea admisible ofrecer una solución diferenciada para las fusiones internas e internacionales en lo que se refiere a la protección de los acreedores⁹⁵.

Es una solución que ya había avanzado la doctrina, que se había planteado si la protección diferenciada que ofrecía el Derecho alemán era compatible con la Directiva en materia de fusiones y con las exigencias de la libertad de establecimiento⁹⁶. En relación a lo primero, se había mantenido que la posibilidad de establecer una regulación diferenciada para las fusiones internas e internacionales sería conforme con la Directiva sobre fusiones transfronterizas⁹⁷, ya que ésta no hace más que remitirse a las regulaciones internas de los Estados miembros, pero sin especificar que el contenido de la regulación debe corresponderse con la normativa aplicable a las fusiones internas. Es más, el tenor del art. 4.2 de la

⁹⁰ Vid. *supra* párrafo núm. 20.

⁹¹ Vid. *supra* párrafo núm. 27.

⁹² Vid. *supra* n. núm. 72.

⁹³ Puede consultarse aquí: http://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/_122j.html, visitado el 13 de julio de 2017. La regulación de la protección de los acreedores en las fusiones internas se regula en el § 22 de la misma ley (fusión por absorción). De acuerdo con lo previsto en el § 36 de la misma norma, este § 22 se aplica también en las fusiones por constitución de una nueva sociedad.

⁹⁴ Vid. § 13 de la *EU-Verschmelzungsgesetz*. Puede consultarse aquí: https://www.jusline.at/13_GI%C3%A4ubigerschutz_und_Schutz_sonstiger_schuldrechtlich_Beteiligter_EU-VerschG.html, visitado el 13 de julio de 2017.

⁹⁵ Vid. núm. 60 de la Sentencia *KA Finanz*. Vid. *supra* n. núm. 71.

⁹⁶ Vid. J. HOFFMANN, “Grenzüberschreitende Verschmelzung”, en S. LEIBLE/J. REICHERT (eds.), *Internationales Gesellschaftsrecht. Grenzüberschreitende Umwandlungen*, vol. 6 de *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, München, C.H. Beck, 2013, pp. 1178-1230, pp.1218-1219.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 1218.

Directiva 2005/56/CE menciona específicamente las particularidades de las fusiones transfronterizas⁹⁸, lo que podría servir de apoyo para una regulación diferenciada de las mismas respecto a las fusiones meramente internas.

37. La Sentencia *KA Finanz* parece, sin embargo, haber cerrado la puerta a esta regulación diferenciada de las garantías de los acreedores en los supuestos internos y en los internacionales. La afirmación del núm. 60 de la Sentencia es bastante clara: “una sociedad que participe en una fusión transfronteriza sigue estando sometida, en cuanto a la protección de sus acreedores, a las disposiciones y a los trámites de la legislación nacional *que sería aplicable a aun fusión nacional*” (cursiva añadida). Esta referencia a la legislación aplicable a una fusión nacional va un paso más allá de la aplicación de la legislación nacional de la sociedad, lo que dejaría abierta la posibilidad de que esa legislación diferenciara entre uno y otro tipo de fusiones. Bien es verdad que no hay nada en la Sentencia (ni en las Conclusiones) que fundamente el paso que da el Tribunal de Luxemburgo, pero eso no cambia la claridad de la afirmación que inevitablemente deberá ser considerada⁹⁹.

La Sentencia no especifica cuál es el argumento de la afirmación que realiza; pero probablemente deberá ser en la libertad de establecimiento, tal como había adelantado la doctrina alemana, donde encontraremos las razones para esta solución del Tribunal de Luxemburgo, aunque, como veremos, no deja de plantear todavía alguna duda.

38. La diferencia en el tratamiento de la protección de los acreedores en las fusiones internas e internacionales puede deberse tanto a que en el caso de las fusiones internacionales su protección sea mayor como porque sea menor. Desde la perspectiva de la libertad de establecimiento el análisis deberá ser diferente en uno y otro caso, ya que, como hemos visto, el Tribunal de Luxemburgo ha admitido un tratamiento diferenciado en los casos internos e internacionales cuando ese tratamiento “beneficia” a estos últimos; esto es, cuando incluye una discriminación positiva a favor de las operaciones que superan las fronteras de un Estado miembro e implican a sociedades sometidas al Derecho de otros Estados miembros¹⁰⁰.

De acuerdo con esto, una diferenciación que favoreciera las fusiones internacionales podría ser compatible con la libertad de establecimiento. En la lógica del Tribunal de Luxemburgo seguramente esta diferenciación sería aquella en la que las garantías para los acreedores son menores en el caso de una fusión internacional que en el de una fusión interna. Si estas garantías son menores será, en principio, más fácil la operación de fusión y, por tanto, no supondría una mayor dificultad para la fusión internacional en relación a la fusión interna. Por supuesto, una regulación diferenciada que implicara una protección mayor para los acreedores en las fusiones internacionales que en las internas sería objetivamente un obstáculo a la fusión que debería interpretarse necesariamente también como un obstáculo a la libertad de establecimiento que tan solo sería posible si se justifica de acuerdo con los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo¹⁰¹.

Cabría plantearse, sin embargo, si un tratamiento diferenciado que implicara una menor protección de los acreedores en el caso de las fusiones internacionales estaría justificado, ya no desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, sino desde la lógica de la regulación, ya que seguramente será difícil encontrar razones para que la protección de los acreedores disminuya cuando la fusión que afecta a la sociedad deudora implica a sociedades constituidas en otros Estados y no se limita a sociedades

⁹⁸ “Las disposiciones y trámites a que se refiere el apartado 1, letra b), incluirán, en particular, los relativos al proceso de toma de decisiones sobre la fusión y, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, a la protección de los acreedores de las sociedades que se fusionen, de los obligacionistas y tenedores de títulos o acciones, así como de los trabajadores en lo relativo a los derechos distintos de los regulados por el artículo 16. Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión transfronteriza constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza”.

⁹⁹ De hecho, tal como hemos visto (*supra* párrafo núm. 27 y referencia en n. núm. 72) ya se ha interpretado que la decisión del Tribunal de Luxemburgo obligará a modificar la legislación de los Estados que han establecido dicha diferencia. *Vid. J. SCHMIDT, loc. cit. n. núm. 72, p. 18.*

¹⁰⁰ *Vid. supra* párrafo núm. 19.

¹⁰¹ *Vid. supra* párrafo núm. 32.

regidas por el mismo Derecho que esta sociedad deudora. Diferencias aparentemente beneficiosas para la libertad de establecimiento pueden esconder obstáculos ocultos a esta libertad de establecimiento¹⁰². Que la protección de los acreedores fuera menor en las fusiones internacionales podría implicar la inclusión de cláusulas de salvaguardia en los contratos concluidos con las sociedades o limitar la actividad con aquellas sociedades que se “temiese” que podrían participar en una fusión internacional. Es por esto que, probablemente, lo que favorece en mayor medida la libertad de establecimiento es un tratamiento idéntico de las fusiones internacionales e internas, evitando incluso aquellas diferencias que, aparentemente, pudieran ser beneficiosas para las operaciones internacionales.

39. De acuerdo con lo que hemos visto, por tanto, sería la libertad de establecimiento, aunque no haya sido mencionada por el Tribunal de Luxemburgo, la que justificaría que las garantías para los acreedores en las fusiones internacionales fueran las mismas que en las fusiones internas. Y, en concreto, las establecidas en el Derecho de la sociedad deudora. Ahora bien, esto nos plantea el problema de determinar si sería contraria a esta libertad de establecimiento una norma incluida en el Derecho derivado que estableciera algún tipo de protección adicional en los supuestos de fusiones internacionales.

La pregunta es legítima, porque la Directiva 2005/56/CE establece un derecho de separación de los socios que se hayan opuesto a la fusión que tan solo opera respecto a las fusiones internacionales, no en las fusiones internas¹⁰³. En España este derecho de separación se encuentra recogido en el art. 62 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles¹⁰⁴. Podría plantearse si esta diferencia de trato entre las fusiones internacionales y las fusiones internas es un obstáculo a la libertad de establecimiento y, en su caso, si se encuentra justificada; pero, como sabemos, el Tribunal de Luxemburgo no opera con los mismos criterios de exigencia respecto a la legislación nacional de los Estados miembros y el Derecho derivado de la UE¹⁰⁵; por lo que es poco probable que se entendiera que este derecho de separación, previsto en la Directiva 2005/56/CE, no es compatible con la libertad de establecimiento. Quizás en el futuro una nueva decisión del Tribunal de Justicia que aborde la interpretación del art. 4.2 de la Directiva sobre fusiones transfronterizas nos permita volver sobre esta cuestión.

V. Conclusión

40. Tras la sentencia *KA Finanz* sabemos que una operación de fusión internacional de sociedades no implicará el cambio de la ley rectora de las obligaciones en las que sea partes las sociedades que participan en la fusión; pero que la normativa específica sobre protección de los acreedores prevista en el Derecho de la sociedad deudora deberá ser aplicada. Además, se ha establecido que esa normativa protectora ha de ser la misma que se aplica en las fusiones internas; no siendo posible, por tanto, establecer una regulación diferenciada para las fusiones internas e internacionales. La sentencia, además, interpreta qué ha de entenderse por titulares de derechos diferentes de las acciones según el art. 15 de la Directiva 78/855/CEE.

Quizás las afirmaciones anteriores pudieran parecer de sentido común; pero antes de la decisión del Tribunal podría plantearse la duda de en qué forma se deberían articular el Derecho rector de la obligación en la que la sociedad interviniente en la fusión es deudora y el Derecho rector de la fusión. La preferencia que se da al Derecho rector de la fusión responde a la lógica de la operación y ha de ser

¹⁰² Así se ha planteado en relación a la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia *Impacto Azul* (*supra* n. núm. 50), argumentando que la aparente ventaja que podría suponer para las matrices situadas en Estados miembros de la UE diferentes de Portugal, el que no respondieran por las deudas de sus filiales podría ser, en realidad, una desventaja, *vid. supra* párrafo núm. 19 y referencias contenidas en notas núms. 52 y 53.

¹⁰³ *Vid.* art. 4.2 *in fine* de la Directiva: “Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión transfronteriza constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza”.

¹⁰⁴ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *BOE*, 4-IV-2009. Este derecho de separación también se concede a los socios que se hayan opuesto al traslado al extranjero del domicilio social, *vid.* art. 99 de la Ley 3/2009.

¹⁰⁵ *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “*Lex societatis* y derecho de establecimiento”, *loc. cit.* n. núm. 85, pp. 159-160.

valorada positivamente. La aclaración de que no puede haber diferencias entre la protección ofrecida a los acreedores en las fusiones internas y en las internacionales es también relevante.

41. Pese a haber tenido oportunidad para hacerlo, el Tribunal no entra en la explicitación de la forma en que el Derecho originario incide en el supuesto planteado. Hubiera resultado interesante, porque si bien tenemos ya un amplio *corpus* de jurisprudencia que explica cómo el Derecho originario condiciona la interpretación y aplicación de los Derechos de origen interno de los Estados miembros en materia de Derecho de sociedades, carecemos de decisiones significativas en el mismo campo en lo que se refiere al Derecho derivado. Decisiones en este sentido podrían contribuir a orientar la actuación del legislador europeo en la materia, una actuación que, quizás, es más necesaria de lo que a veces parece.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA LABORAL INTERNACIONAL
Julio / Diciembre 2016

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE
July / December 2016

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Extremadura

orcid ID: 0000-0002-6966-8485

Recibido: 26.06.2017 / Aceptado: 27.06.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3888>

Resumen: La queja ante el comité de libertad sindical relativa al uso desproporcionado del precepto penal que castiga las coacciones de los piquetes informativos termina con una serie de recomendaciones al Gobierno para que informe al Comité sobre el devenir de los procedimientos penales todavía abiertos, interesándose, particularmente, por determinadas procedimientos que terminaron con condenas penales.

El Tribunal de Justicia de la Unión ha dictado seis resoluciones que afectan a España en el período de referencia, sobre los siguientes temas: discriminación de los funcionarios interinos para acceder a complementos económicos solamente destinados para funcionarios de carrera; efectos jurídicos de la reiteración de contratos de duración determinada; calificación de la prestación de servicios de duración determinada; calificación jurídica de relación de servicios profesionales de duración determinada y abono de indemnización por extinción del vínculo contractual; discriminación por razón de edad para el acceso al empleo público (policía); y despido disciplinario en situación de incapacidad temporal de larga duración.

En el ámbito del TEDH tres resoluciones han sido relevantes. Una referida a la incorrecta ejecución civil de un bien de los dos ex-esposos por deudas contraídas con la Tesorería General de la Seguridad Social; otra relativa a la incorrecta ejecución de una movilidad de funcionarios, con graves perjuicios para uno de ellos, y una tercera referida a la denegación de una solicitud de asilo basada en ser perseguida la solicitante en su país de origen por su condición sexual.

Palabras clave: reprensión penal del derecho de huelga y protección internacional del derecho a la libertad sindical, imposibilidad de acceso del funcionario interino a complementos económicos típicos del funcionario, reiteración fraudulenta de contratos de duración determinada, calificación de la prestación de servicios de duración determinada para diversas administraciones públicas, relación laboral de duración determinada y abono de indemnización por extinción del contrato, discriminación por razón de edad para el acceso al empleo público (policía), despido en situación de incapacidad temporal de larga duración, ejecución de un bien por deudas contraídas con la Seguridad Social, traslado de funcionarios y derecho a renunciar al solicitado y no concedido definitivamente, solicitud de asilo basada en su condición sexual.

Abstract: The complaint to the Committee on Freedom of Association regarding the disproportionate use of the penal provision which punishes the coercion of information piques ends with a series of recommendations to the Government to inform the Committee on the evolution of criminal proceedings still open, For certain procedures that ended with criminal convictions.

The Court of Justice of the Union has issued six resolutions affecting Spain in the reference period, on the following subjects: discrimination against temporary staff to access economic supplements only

for career officials; Legal effects of the repetition of fixed-term contracts; Qualification of the provision of fixed-term services; Legal qualification of relation of professional services of determined duration and payment of indemnification by extinction of the contractual link; Discrimination on grounds of age for access to public employment (police); And disciplinary dismissal in situations of long-term incapacity.

Within the scope of the ECHR, three rulings have been relevant. One related to the incorrect civil execution of a property of the two ex-spouses for debts contracted with the General Treasury of the Social Security; One relating to the incorrect execution of a mobility of civil servants with serious detriment to one of them and a third relating to the refusal of an application for asylum based on the applicant being persecuted in his country of origin for his sexuality.

Keywords: criminal rebuke of the right to strike and international protection of the right to freedom of association, impossibility of access of the temporary official to economic complements typical of the official, fraudulent repetition of fixed-term contracts, qualification of the provision of services of determined duration for diverse public administrations, fixed-term employment relationship and payment of compensation for termination of the contract, discrimination on grounds of age for access to public employment (police), dismissal in situation of temporary incapacity of long duration, execution of a good for debts contracted with Social Security, transfer of officials and right to waive the requested and not granted definitively, application for asylum based on your sexual status.

Sumario: I. Informes del Comité de Libertad Sindical. 1. Introducción. 2. España c. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, y Unión General de Trabajadores. Represión penal del derecho de huelga. II. Tribunal De Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. Carlos Álvarez Santirso c. Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Principado de Asturias. Exclusión del demandante del proceso de evaluación de la función docente por ser funcionario interino. 3. Florentina Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López c. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Relaciones laborales de duración determinada y resoluciones que ponen fin a la misma. 4. María Elena Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud. Calificación jurídica de relación de servicios profesionales: personal estatutario temporal eventual. 5. Ana de Diego Porras c. Ministerio de Defensa. Calificación jurídica de relación de servicios profesionales y abono de indemnización por extinción del vínculo contractual. 6. Gorka Salaberría Sorondo c. Academia Vasca de Policía y Emergencias. Oferta de empleo público (policía autónoma Vasca) restringida a no haber cumplido determinada edad. 7. Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L. c. Fondo de Garantía Salarial. Despido de trabajador durante su situación de incapacidad temporal. III. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. Flores Quirós c. España. Impago de deudas contraídas con la Seguridad Social. Pública subasta de local por la TGSS. 3. Caballero Ramírez c. España. Concurso de movilidad interna para funcionarios. 4. M.B. c. España. Denegación de la solicitud de asilo.

I. Informes del Comité De Libertad Sindical

1. Introducción

Las quejas o reclamaciones por lesión de la libertad sindical han sido extraídos de la base de datos oficial de la Organización de Naciones Unidas (Normlex). Se han analizado todos los casos que afectan a España en el período de referencia.

2. Caso núm. 3093: España c. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, y Unión General de Trabajadores, presentada el 25 de julio de 2014. Represión penal del ejercicio del derecho de huelga

1. El asunto versa sobre la queja presentada contra el gobierno por las organizaciones sindicales denunciando un fenómeno de represión del ejercicio del derecho de huelga basado en algunas disposiciones de la legislación penal española, y en la creciente utilización de las mismas por el Ministerio Público y las jurisdicciones penales.

Entienden las organizaciones que el artículo 315.3 del Código Penal (en adelante CP) prevé elevadas penas de prisión (de tres años a cuatro años y medio) y multas (de doce meses y un día a dieciocho meses) para quienes “*coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga*”. Entiende, esencialmente, que dicha figura penal está siendo aplicada de forma generalizada con miras a criminalizar el ejercicio del derecho de huelga, proyectándose singularmente frente a sindicalistas que participaban en piquetes de huelga. Precisan que el tipo penal discutido contiene una agravante por ejercicio del ilícito penal cuando se efectúa una actividad sindical, frente a lo que acontece en relación con el delito de coacciones. La pena prevista en este tipo penal es, en definitiva, muy superior a aquella prevista por el mismo CP cuando se regula el tipo penal básico de coacciones. Este incremento de la pena únicamente por la condición sindical de quien comete el ilícito penal es reputado como contrario a las normas internacionales protectoras del derecho de huelga.

También alegan que la redacción del tipo penal no responde a los criterios de claridad que una norma sancionadora debe formular. Precisan que no queda definida claramente la conducta delictiva, y los sujetos que realizan los hechos, lo que provocará una falta de homogeneidad interpretativa. Entienden, en definitiva, que el tipo general de delito de coacciones sería suficiente para erradicar comportamientos violentos durante el ejercicio del derecho de huelga, sin necesidad de incorporar en el CP un tipo agravado por la condición de quien realiza las acciones típicas del ilícito penal.

2. Las organizaciones sindicales precisan que, en la actualidad, hay 32 trabajadores imputados por el referido delito del CP, en prácticamente todas las Comunidades Autónomas del país. En la mayoría de procedimientos penales, según los querellantes, no existe componente alguno violento o coactivo, relacionándolo con un riesgo cierto para la integridad de las personas o de los bienes o instalaciones. También ponen de manifiesto que las movilizaciones convocadas por las organizaciones sindicales más representativas no presentan grado significativo de violencia, más allá de algún incidente aislado no significativo.

También subrayan el rol institucional determinante para la persecución de estos delitos que está jugando el Ministerio Fiscal. Sobre todo porque existe una evidente discrepancia de criterio a la hora de proceder: mientras el desarrollo de numerosos conflictos no genera actuaciones penales, en otros casos se produce la acusación penal sin que la gravedad de los hechos justifica tal opción. Existe, a su juicio, una falta uniformidad en los criterios de utilización de este delito de coacciones.

3. El Gobierno entiende que la proyección laboral de los Convenios OIT que protegen el ejercicio del derecho de huelga no sitúa a este derecho en una atalaya frente a otros bienes jurídicos, igualmente dignos de protección. Entiende que el tipo penal no penaliza el libre ejercicio del derecho de huelga, sino que únicamente castiga el empleo de fuerza o la violencia con el propósito de obligar a los trabajadores a participen en la huelga. El tipo penal, que funciona prácticamente de manera idéntica en países del entorno Europeo está destinado, desde este punto de vista, a proteger la libertad de trabajo, impedida por los piquetes de huelga que se comportan de manera violenta con manifestaciones de fuerza en las personas o cosas. Porque la huelga no constituye un derecho absoluto, y bajo su ejercicio no se pueden consistir actos de violencia o intimidación que erosionen otros derechos igualmente dignos de protección, como lo es singularmente en este caso el ejercicio de la libertad de trabajo.

El Gobierno precisa que la aplicación del precepto concreto no ha planteado problemas aplicativos dignos de mención. Entiende que la queja responde a una situación concreta y personal relativa a determinadas personas condenadas en el marco de un procedimiento penal concreto. Entiende que la legislación en cuestión cumple plenamente con los convenios y principios de libertad sindical

4. Las recomendaciones del Comité, después de constatar en sus conclusiones los datos suministrados y realizar pequeñas valoraciones sobre ellos son claras. Solicita del gobierno, en primer lugar, que invite a la autoridad competente a que examine el impacto de la reforma de 2015 en el artículo 315.3 del CP y que informe del resultado de este examen a los interlocutores sociales, manteniendo informado al Comité. Pretende, en segundo lugar, que se le comunique los motivos específicos que condujeron a la condena de varios sindicalistas en determinados procesos judiciales ya fenecidos, interesándose por la si-

tuación procesal de todos ellos. Y confía, en tercer lugar, que los procedimientos penales relacionados con el ejercicio de la huelga todavía en curso (y mencionados en la presente queja) se resuelvan con la debida brevedad, intimando del Gobierno para que le tenga informado del devenir de los procesos judiciales.

II. 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 temporal referenciado.

2. Auto TJUE de 21 de septiembre de 2016 [asunto: C-631/15] Carlos Álvarez Santirso c. Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Principado de Asturias.

Petición de decisión prejudicial. Exclusión del demandante del proceso de evaluación de la función docente por ser funcionario interino.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

1. La Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias excluyó al señor Carlos Álvarez Santirso, profesor de educación secundaria con dieciséis años de antigüedad en la función docente, de la posibilidad de evaluar su actividad laboral como profesor por su condición de funcionario interino. La Consejería había elaborado una normativa propia, en el marco de sus competencias, para evaluar la función docente de sus trabajadores que no contemplaba la evaluación de los profesores interinos. La obtención de una evaluación favorable tiene repercusiones económicas directas, de entre los 206,53 y los 132,18 euros mensuales según el correspondiente subgrupo al que pertenezca el profesor.

Tras la publicación de la normativa correspondiente y la apertura del plazo de solicitud se publicó la relación definitiva de personas admitidas y excluidas en el proceso de solicitud de adhesión al Plan de evaluación de la función docente. La solicitud del Sr. Álvarez Santirso fue desestimada debido a que el demandante es funcionario interino y la incorporación al Plan de evaluación está reservada únicamente para los funcionarios de carrera que hayan prestado servicios por un período de al menos 5 años.

El Sr. Álvarez Santirso interpuso el correspondiente recurso contencioso contra la resolución administrativa ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Oviedo. Mantenía, esencialmente, que su exclusión del proceso de evaluación provoca una desigualdad retributiva entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, basada única y exclusivamente en el carácter temporal de la relación de servicio que mantienen unos y otros tipos de funcionarios.

El Principado sostiene, por el contrario, que la diferencia de trato está justificada en razones objetivas, relacionadas con la diferente formación, capacidad y mérito demostrados mediante la superación del proceso selectivo, de modo que los funcionarios de carrera han de cumplir requisitos más gravosos, que justifican una mayor retribución. Precisa, además, que conceder un complemento retributivo característico de la carrera profesional al funcionario interino sería discriminatorio con respecto a los funcionarios de carrera.

El Juzgado competente para conocer la cuestión, al albergar dudas con respecto a la compatibilidad de la norma cuestionada con la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, suspende el procedimiento y plantea la cuestión prejudicial comunitaria.

2. El Tribunal entiende, en primer lugar, que el Acuerdo marco se aplica a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada, también en el marco del sector público. Por lo que le es aplicable a la relación que, como funcionario interino, mantiene el ahora demandante. Reitera, en segundo lugar, que la cláusula 4, apartado 1, del

Acuerdo marco implementa una prohibición de trato discriminatorio entre los trabajadores con un contrato de duración determinada con los trabajadores fijos, a menos que dicho trato distintivo se justifique en razones objetivas. Se trata de averiguar, en tercer lugar, por tanto, si la exclusión de los profesores no funcionario de participar en el Plan de evaluación responde a un criterio objetivo o razonable. Porque lo que se pretende impedir, en cuarto lugar, es que se utilice una relación laboral de naturaleza temporal por un empleador con el propósito de privar a dichos trabajadores de los derechos que debe reconocérsele obligatoriamente a los trabajadores con contrato de duración indefinida, por lo que el análisis del eventual trato discriminatorio debe proyectarse sobre el concepto de ‘condiciones de trabajo’, que deben ser idénticas para ambos colectivos de trabajadores. Si el plan de evaluación se considera, desde la óptica comunitaria, como una condición de trabajo, el trato distintivo debe ser censurado, la discriminación subrayada y el trabajador protegido. Si, por el contrario, el plan de evaluación de la actividad docente no se considera una ‘condición de trabajo’, sí puede aplicarse distintivamente a diferentes grupos de trabajadores, temporales y fijos.

3. Lo esencial, desde la óptica comunitaria, para considerar que estamos en presencia de una ‘condición de trabajo’ es que se trate de una condición sustancial en la relación de empleo, en la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario. Así, se ha considerado que efectivamente es una condición de trabajo: los trienios; los sexenios por formación permanente; las normas relativas a los períodos de servicio que han de haberse prestado a efectos de acceder a un grupo superior; y las normas referidas al cálculo de los períodos de servicio requeridos para poder ser objeto de un informe de calificación anual.

En el caso debatido, aunque, en principio, incumbe al juzgado remitente determinar la naturaleza y los objetivos de las medidas controvertidas, procede constatar que se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia por dicho juzgado que la participación en el Plan de evaluación y el incentivo que se deriva de ella en caso de evaluación positiva deben considerarse también como una ‘condiciones de trabajo’, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. Esencialmente porque la evaluación positiva en el Plan no tiene ninguna repercusión en el sistema de promoción o de progresión profesional, pero sí la tiene desde un punto de vista salarial, pues constituye un elemento retributivo en forma de incentivo, por lo que debe concederse a un trabajador con contrato de duración determinada en la misma medida que a un trabajador fijo.

Una interpretación contraria que excluyera a los trabajadores no fijos del incentivo que se deduce de la evaluación positiva reduciría el ámbito de aplicación de la protección contra la discriminación que se otorga a los trabajadores con contrato de duración determinada. Porque es jurisprudencia consolidada que los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

4. En el caso de autos consta que existe una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera (indefinidos) y los funcionarios interinos (que prestan servicios en el marco de una relación de servicio de duración determinada), por lo que debe examinarse, antes que nada, si la situación de los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y la de los trabajadores fijos, controvertida en el litigio principal, son comparables. Para apreciar si los trabajadores realizan un trabajo idéntico o similar debe analizarse tanto la naturaleza del trabajo, y la formación para su ejercicio, como las condiciones laborales. De tal suerte que no queda acreditado que el desempeño de las funciones docentes por parte de los profesores que prestan servicios como funcionarios de carrera sean diferentes que aquellas que realizan los profesores que prestan servicios como funcionarios interinos, apreciándose también que se exige idéntica cualificación académica. En definitiva, ambos grupos de funcionarios, de carrera o interinos, ejercen funciones similares y están sometidos a obligaciones idénticas.

El único elemento diferenciador entre ellos es, precisamente, la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vincula a su empleador. Y no existe, desde el punto de vista del Acuerdo marco, ninguna razón objetiva que justifique la diferencia de trato observada. Porque el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no puede constituir una razón objetiva en sí misma.

En efecto, una diferencia de trato en lo que importa a condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos no puede justificarse por un criterio que se concrete sobre la duración misma de la relación laboral. Porque admitir que la mera naturaleza temporal de la relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco.

Es por ello que la exigencia en el Plan de evaluación de un período de antigüedad de cinco años que sólo puede cumplirse en el caso de ser funcionario de carrera, es discriminatorio, porque en su enunciación no se ha tenido en consideración la especial naturaleza de las tareas que deben desempeñar los trabajadores, ni las características inherentes al puesto de trabajo, o la formación previa requerida, empleándose, en definitiva, un criterio discriminatorio en sí mismo. Máxime cuando la consecuencia de la evaluación se proyecta sobre un complemento salarial que indudablemente debe considerarse como una condición de trabajo.

5. El Tribunal entiende, en conclusión, que el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida, que reserva, sin que exista ninguna justificación por razones objetivas, la participación en el Plan de evaluación de la función docente y el incentivo que se deriva de ella, en caso de evaluación positiva, únicamente a los profesores cuya relación de servicio es por tiempo indefinido, al ser funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores cuya relación de servicio es de duración determinada, al ser funcionarios interinos.

3. STJUE de 14 de septiembre de 2016 [asuntos acumulados C 184/15 y C 197/15].

Florentina Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López c. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

Peticiones de decisiones prejudiciales. Relaciones laborales de duración determinada y resoluciones que ponen fin a la misma.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

1. En febrero de 2010 la Sra. Martínez Andrés fue nombrada personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria en el Servicio Vasco de Salud. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales, excepto una genérica, incluía una motivación específica. En octubre de 2012 se cesó a la Sra. Martínez Andrés. El recurso contencioso interpuesto por la Sra. Martínez Andrés fue desestimado. La apelación contra dicha sentencia se sustancia ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

En diciembre de 1993 el Sr. Castrejana López fue contratado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz mediante una modalidad de duración determinada para la prestación de servicios como arquitecto, contrato que finalizó en noviembre de 1994. En diciembre de 1995 se celebró un nuevo contrato laboral de duración determinada entre las mismas partes, también para la prestación de servicios como arquitecto con un objeto muy determinado: la ejecución de un proyecto arquitectónico de colaboración entre el Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma para la eliminación de barreras arquitectónicas en la ciudad. En enero de 1998 se modificó la condición jurídica del Sr. Castrejana López, nombrándole funcionario interino del Ayuntamiento para la ejecución del referido convenio, precisándose expresamente que la fecha de finalización del nombramiento era la de conclusión del programa de ordenación urbana. En noviembre de 1998 se concluye el programa de ordenación urbana y se dar por terminada, en consecuencia, la relación de servicios laborales. A pesar de ello en enero de 1999 se revocó la resolución que daba por terminado el programa de ordenación urbana porque se había prorrogado su vigencia. En diciembre de 2012 se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio del Sr. Castrejana López con el Ayuntamiento, toda vez que el programa se había ejecutado en su totalidad. El Sr. Castrejana López interpuso el correspondiente recurso jurisdiccional que fue desestimado por el competente Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. El recurso de apelación contra dicha resolución también se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

2. Los dos asuntos se tramitan ante la misma Sala y Tribunal, y en ambos el proponente de la cuestión prejudicial entiende que se ha producido una utilización abusiva de la normativa relativa a la

contratación laboral de duración determinada. En el caso de la Sra. Martínez Andrés porque la motivación indicada en el nombramiento inicial y en las sucesivas prórrogas no responde a los requisitos exigidos legalmente para garantizar que los nombramientos temporales no se utilicen de manera abusiva. En el asunto en el que es parte el Sr. Castrejana López porque el objeto del nombramiento temporal, ejecutar un proyecto de ordenación urbana, se extendió más allá incluso de la finalización del propio proyecto habilitante de la contratación laboral.

El Tribunal proponente de la cuestión subraya que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha elaborado un concepto singular de trabajadores para las administraciones públicas, los indefinidos no fijos. Estos trabajadores son contratados en régimen laboral por las administraciones públicas pero en los que se ha producido alguna irregularidad. En la administración pública la fijeza del vínculo laboral sólo se produce tras la superación de los correspondientes procedimientos selectivos. La normativa laboral precisa que cualquier irregularidad sustancial en la conclusión del contrato obra el efecto de que el trabajador adquiera fijeza en la entidad contratante. El Tribunal Supremo niega la posibilidad de que los trabajadores contratados irregularmente en régimen laboral para una administración pública adquieran la condición de fijo, pero entiende que estos trabajadores deben quedar situados en una singular posición en el organigrama laboral en dicha Administración.

Pero el Tribunal Supremo crea esta doctrina de los indefinidos no fijos únicamente en litigios relativos a funcionarios de carrera, por lo que no existe, en realidad, una jurisprudencia uniforme en relación con el personal estatutario temporal, o con los funcionarios interinos. Y es en este punto en el que el tribunal remitente se plantea la conformidad de esta práctica de los tribunales nacionales que no reconocen ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos el derecho al mantenimiento de su relación de servicio –mientras que este derecho sí se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos– con los requisitos establecidos por la Directiva 1999/70.

El Tribunal proponente de la cuestión formula tres preguntas, dos de ellas auténticamente esenciales. En primer lugar: ¿Se opone el Acuerdo Marco a una legislación nacional que no reconoce a los contratados laborales por la Administración: personal estatutario temporal eventual [(asunto C 184/15) y los funcionarios interinos (asunto C 197/15)] los mismos derechos en relación al mantenimiento del vínculo que sí reconoce a los indefinidos no fijos?.

Si la respuesta a esta cuestión es negativa, pregunta el Tribunal proponente de la cuestión prejudicial, en segundo lugar: ¿El principio de equivalencia debe ser interpretado en el sentido de que el juez nacional puede considerar que ambas situaciones son similares cuando se produce un abuso en la utilización de contratos de trabajo de duración determinada, o bien debe tener en consideración otros elementos al efectuar el juicio de similitud, tales como, por ejemplo, la naturaleza específica de la relación laboral o funcional del empleado o la potestad de la Administración para auto-organizarse?

3. El Tribunal recuerda que el Acuerdo marco tiene por objeto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, esencialmente tres.

En relación, en primer lugar, con las razones objetivas que justifican la renovación de tales contratos o relaciones laborales; en relación, en segundo lugar, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y, en tercer lugar, en relación con el número de sus renovaciones.

El Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, pero no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. Tal función corresponde a las autoridades nacionales, mediante la adopción de medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias. El Derecho de los Estados nacionales regulan, en principio, las normas determinantes para aplicar dichos principios, que no deben ser menos favorables que aquellas aplicables a situaciones similares de carácter interno, ni hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos. Cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, es necesario poder aplicar alguna medida que presente garantías efectivas de protección de los trabajadores en relación sancionar su abuso y eliminar las consecuencias de la infracción.

Es importante precisar que el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determi-

nada. La norma comunitaria deja a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. El Tribunal recuerda que el Acuerdo marco no se opone a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público.

No corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que es una tarea que incumbe a los tribunales nacionales competentes. Ello supone que esta facultad corresponde al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión, aunque sí puede aportar precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su apreciación. En el caso de autos el tribunal remitente ya ha apreciado el carácter abusivo de la utilización de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en los dos litigios principales, por lo que sólo procede pronunciarse acerca del carácter apropiado y suficientemente efectivo de las medidas previstas en el Derecho nacional para sancionar los abusos cuya existencia se ha observado.

El tribunal remitente estima, en este sentido, que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en relación con los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden, particularmente el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo.

Aprecia también que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, y que no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal.

El Tribunal aprecia que el Acuerdo marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal.

El Tribunal debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos ‘de duración determinada’ en el sentido del Acuerdo marco puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, con independencia de la calificación de su contrato. Pero queda constatado que no existe ninguna medida eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo. Es cierto que la asimilación de dicho personal con los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de este tipo de contratación.

Sin embargo el Tribunal sentencia que la respuesta a las cuestiones prejudiciales primera y segunda debe concretarse en el sentido de que el Acuerdo marco se opone a que una norma controvertida como la nacional debatida sea aplicada de tal modo que para el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo.

4. STJUE de 14 de septiembre de 2016 [asunto: C 16/15]. María Elena Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud.

Peticiones de decisión prejudicial. Calificación jurídica de relación de servicios profesionales: personal estatutario temporal eventual.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

1. La Sra. Pérez López fue nombrada personal estatutario temporal eventual como enfermera en un Hospital en Madrid durante el período comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009. El nombramiento señalaba como causa justificativa la ‘realización de servicios determinados de natu-

raleza temporal, coyuntural o extraordinaria'. A este primer contrato le sucedieron otros nueve con una duración de tres, seis o nueve meses. En todos ellos se señalaba idéntica justificación. El computo total de la duración de su relación laboral, ininterrumpida, abarca desde el 5 de febrero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2013. El cese último de la trabajadora se produce en el marco de contención del gasto en las Administraciones Públicas y, en particular, de una Orden del órgano político competente mediante la cual se establecía que debía procederse al cese del personal eventual una vez llegada la fecha de fin de su nombramiento. A pesar de ello en ese mismo marzo de 2013 se le comunica a la trabajadora un nuevo nombramiento para el período de tiempo que va de desde el 1 de abril al 30 de junio de 2013.

En abril de ese 2013 la Sra. Pérez López interpuso recurso de alzada contra la comunicación de cese y contra su nuevo nombramiento como personal estatutario temporal eventual. Tras terminar el plazo previsto legalmente para considerar desestimado su recurso de alzada por silencio administrativo, interpuso recurso contencioso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente. Entiende, en esencia, que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que formaban parte, en realidad, de una necesidad permanente de mano de obra del empleador. La sucesión contractual incurre, por tanto, en fraude de ley, y la relación de servicio debe transformarse, aplicando la consecuencia que a ello anuda la legislación interna.

El juzgado remitente entiende que tanto la normativa nacional controvertida como el Estatuto Marco no contienen medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. Entiende que el personal estatutario temporal eventual de los servicios de salud sujeto al Estatuto Marco y los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo eventual son relaciones laborales de duración determinada comparables. Pero el Estatuto de los Trabajadores reconoce a estos trabajadores con contrato de duración determinada el derecho a una indemnización equivalente a doce días de salario por cada año trabajado o fracción, e incluye una cláusula de garantía en favor de la estabilidad en el empleo, consistente en que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán celebrados por tiempo indefinido.

El Juzgado del Contencioso-administrativo competente decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales. En primer lugar, si ¿Es contrario al Acuerdo marco y, por tanto, inaplicable, el precepto de la Ley interna que favorece la contratación sucesiva de contratos de carácter eventual? Esencialmente por dos razones. Porque no fija, en primer lugar, una duración máxima total para los sucesivos contratos ni un número máximo de renovaciones, y porque no constata, en segundo lugar, la causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, que los justifique.

Cuestiona, en segundo lugar, si ¿Es acorde con el principio de no discriminación reconocido en el Acuerdo marco la aplicación al personal estatutario temporal de carácter eventual de la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual, dada la identidad sustancial entre ambas situaciones?.

2. El Tribunal recuerda, de un lado, que el Acuerdo marco ha definido con amplitud su ámbito de aplicación, y, de otro, que en él se han incluido 'los trabajadores con un trabajo de duración determinada', sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan, con independencia de la calificación de su contrato en el derecho interno, y sin excluir ningún sector particular. También se recuerda que el Acuerdo marco tiene por objeto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores. Para ello se exige que la contratación responda a las necesidades de los empleadores en ciertas circunstancias. Para ello el Acuerdo marco impone tres momentos jurídicos determinantes, fundamentales: la argumentación en razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, y el número de sus renovaciones.

El Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, aspecto que corresponde a las autoridades nacionales adoptando las medidas apropiadas (proporcionadas, efectivas y disuasorias) para hacer frente a dicha situación, teniendo presente que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya

que esta tarea incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente. En definitiva, corresponde al juzgado remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva del Derecho interno hacen que éstos constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

De lo que se trata, en definitiva, es de comprobar si las disposiciones de la norma nacional controvertida que permiten la renovación de contratos de duración determinada pueden entenderse como razones objetivas que justifiquen la renovación de contratos. El concepto de ‘razón objetiva’ que se desprende de la jurisprudencia se vincula con las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que pueden justificar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

Por ello se mantiene que una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstractamente la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias del Acuerdo marco, esencialmente por dos razones. En primer lugar porque estaríamos en presencia de una disposición de carácter meramente formal, y, en segundo lugar, porque de la misma no se puede verificar la existencia de criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica.

El Tribunal entiende que la normativa nacional determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos de duración determinada. Precisa que si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, la Administración competente estudiará las causas de estos nombramientos y valorará si procede la creación de una plaza estructural. Por ello puede afirmarse que la norma nacional no establece una autorización general e incondicionada para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos a la satisfacción de necesidades provisionales.

Se recuerda que la sustitución temporal de un trabajador para atender necesidades de personal de duración limitada puede constituir una ‘razón objetiva’ para la renovación de los contratos de duración determinada. Es inevitable, se asume, que una Administración que dispone de numeroso personal, como ocurre en el sector de la sanidad pública, que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental. Sin embargo no puede admitirse que estos nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones referidas a la actividad normal del personal fijo.

La renovación de contratos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables no se justifica en el Acuerdo marco, pues se impone que se compruebe concretamente que la renovación de los sucesivos contratos trate de atender a necesidades provisionales, constatando si se utilizan para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador.

3. En el litigio se aprecia que los sucesivos contratos para garantizar los servicios hospitalarios no parecen responder a necesidades temporales del empleador. Se constata como el juzgador de instancia aprecia que alrededor del 25 % de las 50.000 plazas de plantilla de personal sanitario de la Comunidad de Madrid están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal. El Acuerdo marco se opone a que una norma nacional se aplique a la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada por ‘razones objetivas’ si las necesidades laborales que se cubren son permanentes y estables.

En el caso debatido es necesario precisar que la normativa interna controvertida no establece ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal temporal eventual. Del pleito principal se deduce que los puestos estructurales creados suelen ser provistos mediante personal estatutario temporal interino, sin que exista ni una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos, ni una limitación en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente.

Teniendo en consideración estas consideraciones procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera en el sentido de que el Acuerdo marco se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector

de la sanidad pública se considera justificada por razones ‘objetivas’, sin que exista una obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual.

4. La siguiente cuestión versa sobre si el Acuerdo marco se opone a una norma nacional que niega la indemnización por cese al personal estatutario temporal eventual, mientras que sí se concede dicha indemnización a los trabajadores con contrato de trabajo eventual.

En el ámbito de la Unión Europea hay dos principios clave en la materia. En primer lugar, que existe una prohibición de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Y, en segundo lugar, que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

El Tribunal entiende que el principio de no discriminación se ha concretado por el Acuerdo marco sólo en lo que importa a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable. Sin embargo, una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada no se incluye en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco.

Dicha diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación del Acuerdo marco en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual. Y como dicha diferencia de trato no se ha constatado la diferencia de trato objeto de la cuarta cuestión prejudicial no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, por lo que procede declarar que el Tribunal de Justicia es manifiestamente incompetente para responder a esta cuarta cuestión prejudicial.

5. El Tribunal de Justicia declara, en definitiva, que el Acuerdo marco se opone a que una norma laboral como la nacional controvertida permita la renovación de sucesivos contratos de duración determinada (para el sector de la sanidad pública) de naturaleza temporal –coyuntural o extraordinaria– para la satisfacción de mano que realice actividades permanentes y estables.

El Acuerdo marco no se opone a una norma nacional que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el propio nombramiento de duración determinada, abonando, naturalmente, la liquidación de haberes correspondiente. Tampoco entiende que el Acuerdo niegue la posibilidad de que, tras una primera contratación, se producte otra u otras por idénticas causas, siempre que dicha práctica no se oponga al objetivo del propio Acuerdo marco, aspecto que compete apreciar el juzgado remitente. Por último, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se considera incompetente para responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada.

5. STJUE de 14 de septiembre de 2016 [asunto: C 596/14]. Ana de Diego Porras c. Ministerio de Defensa.

Peticiones de decisión prejudicial. Calificación jurídica de relación de servicios profesionales y abono de indemnización por extinción del vínculo contractual.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

1. La Sra. De Diego Porras prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último de ellos, celebrado en agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, liberada sindical. Normas de carácter general impusieron la revocación de la situación de la Sra. Mayoral, lo que supone la terminación de la vinculación laboral de la Sra. De Diego, con fecha de 30 de septiembre de

2012. En noviembre de 2012 la Sra. de Diego Porras interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social competente impugnando tanto la legalidad de su contrato de trabajo como sus condiciones de finalización. Tras ver desestimada su demanda interpuso frente a esta el correspondiente recurso de suplicación reiterando que los contratos de interinidad mediante los que fue contratada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debía convertirse en indefinida. También alega que en caso de ver extinguida su

El Tribunal competente entiende que la contratación de la Sra. de Diego Porras mediante un contrato de interinidad cumple los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, y que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva.

Cuestiona, no obstante, si la Sra. de Diego Porras tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato. En el derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, pues la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa.

El Tribunal entiende que no hay ninguna razón objetiva que justifique dicha diferencia de trato, por lo que cuestiona mediante la cuestión prejudicial planteada la compatibilidad de la normativa nacional con el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos.

Decide, por tanto, suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones. En primer lugar, ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere el Acuerdo marco? Si efectivamente se entiende incluida dicha indemnización en las condiciones de trabajo, ¿deben los trabajadores con un contrato de trabajo en los que el final del contrato de trabajo viene determinado por condiciones objetivas percibir a la finalización del mismo la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas? En tercer lugar, ¿ha transpuesto el artículo 49.1.c) ET correctamente la Directiva 1999/70, o su texto puede considerarse discriminatorio y contrario a la misma? Y, por último, ¿es discriminatoria la distinción que el ET establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?

2. Con respecto a la primera cuestión, relativa a si la indemnización por finalización de contrato se considera una condición de trabajo, el Tribunal recuerda que uno de los objetivos del Acuerdo marco es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada particularmente garantizando el respeto al principio de no discriminación. Lo esencial es que el Acuerdo marco protege a los trabajos de duración determinada singularmente con el propósito de impedir que una relación de naturaleza temporal sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida. Singularmente el Tribunal ha declarado que los trienios constituyen uno de los elementos retributivos que deben concederse a un trabajador con contrato de duración determinada del mismo modo que a un trabajador con contrato de duración indefinida. El concepto de condición de trabajo engloba también las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada. Entiende, en definitiva, que la indemnización que se concede por la finalización del contrato sí forma parte de una condición de trabajo.

3. Las siguientes cuestiones versaban sobre si la denegación de una indemnización por finalización del contrato en los supuestos de interinidad están cubiertos por el Acuerdo marco cuando dicha indemnización sí se concede a los trabajadores fijos comparables. El Acuerdo marco prohíbe el trato diferente a los trabajadores con contrato de duración determinada que a los trabajadores fijos comparables, siempre que no existan motivos que justifique el trato diferente por razones objetivas. El principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

En el caso tratado sí existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, pues a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados. La norma interna nacional discutida trata de manera diferente a los trabajadores interinos que a los trabajadores indefinidos.

De lo que se trata es de apreciar la comparabilidad de las situaciones controvertidas en el litigio principal, y la existencia de una posible justificación objetiva.

4. El juicio de comparabilidad pretende apreciar si las personas de que se trata, con contratos de trabajo de interinidad e indefinidos ejercen un trabajo idéntico o similar, en relación con la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales de ejercicio. La concesión de una indemnización por finalización del contrato de trabajo sería contraria al Acuerdo marco salvo en el supuesto de que las funciones desempeñadas por un trabajador en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no correspondieran a las de los trabajadores fijos, dado que dicha diferencia de trato estaría vinculada a situaciones diferentes. Pero incumbe al tribunal remitente determinar si la recurrente se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo.

El hecho de que la trabajadora ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, y que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que remplazó. Procede, por tanto, considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo.

5. Con respecto a la existencia de una posible justificación objetiva la jurisprudencia requiere que la desigualdad de trato esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo y el contexto específico en que se enmarca con arreglo a criterios objetivos y transparentes, con el propósito de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica. Dichos elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas. El concepto de 'razones objetivas' no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta. Se subraya, en concreto, que el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una 'razón objetiva', en el sentido del Acuerdo marco. Admitir que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada.

Aunque corresponde al tribunal remitente determinar si las alegaciones presentadas constituyen 'razones objetivas' en el sentido del Acuerdo marco, es preciso señalar que el Gobierno español se limita a subrayar la diferente naturaleza y objeto que distinguen a los contratos de interinidad de los contratos por tiempo indefinido, invocando el criterio de la duración y la expectativa de estabilidad de la relación contractual de los segundos. Pero ni la naturaleza temporal de la relación laboral, ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas.

En concreto la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal sino que contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente

prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

6. En definitiva, y en conclusión, el Acuerdo marco entiende que en el concepto de ‘condiciones de trabajo’ se incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada, oponiéndose a que se deniegue al trabajador contratado bajo la modalidad de interinidad, mientras se permite dicha indemnización a los trabajadores fijos comparables, por lo que el mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

6. STJUE de 15 de noviembre de 2016 [asunto: C 258/15]. Gorka Salaberria Sorondo c. Academia Vasca de Policía y Emergencias.

Peticiones de decisión prejudicial. Oferta de empleo público (policía autónoma Vasca) restringida a no haber cumplido determinada edad.

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.

1. La Academia Vasca de Policía y Emergencias convoca un procedimiento selectivo de personal en la que exige que los candidatos a determinados puestos concretos no hayan cumplido la edad de 35 años. El Sr. Salaberria Sorondo interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la orden de convocatoria de dicho proceso selectivo al entender que la disposición normativa que preveía esa determinada edad infringe la Directiva 2000/78 y los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al incorporar un límite de edad que carece de justificación objetiva y razonable y restringe el derecho a acceder a las funciones públicas.

El tribunal remitente de la cuestión prejudicial recuerda que ya ha declarado que la edad límite de 32 años para la selección de determinados puestos de trabajo (Ertzaintza) se ajustaba a las exigencias de proporcionalidad que imponen tanto de la Constitución y de la normativa estatal como de la Directiva 2000/78. Tuvo en consideración la sentencia de 12 de enero de 2010, Wolf (C 229/08, EU:C:2010:3), en la que el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 4, apartado 1, de esa Directiva no se oponía a una normativa nacional que fija en 30 años la edad máxima para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos. Y también la sentencia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez (C 416/13, EU:C:2014:2371), en la que el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional que fijaba en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local. Existen, en definitiva, dos sentencias que tienen en consideración el hecho objetivo de la edad para implementar dos soluciones diferentes. Precisa, no obstante, que las funciones que el ordenamiento jurídico español reserva a los agentes de Policía Local son distintas de las que se asignan a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y que las funciones de la Ertzaintza son propias de las referidas a las de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Por eso el tribunal remitente considera que, habida cuenta del nivel elevado de las exigencias inherentes a las funciones atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la fijación en 35 años del límite máximo de edad podría considerarse proporcionada y razonable. Pero el Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: ¿la fijación del límite máximo de edad de 35 años como requisito para participar en la convocatoria de acceso a la plaza de agente de la policía autonómica vasca, se ajusta a la interpretación de los artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78?

2. Es evidente que el establecimiento de un límite de edad para el acceso a un puesto de trabajo se relaciona con las condiciones de contratación y debe considerarse, por tanto, como una norma relativa al acceso al empleo público, incluyéndose la cuestión, en el ámbito de la Directiva 2000/78.

No hay duda que la norma interna cuestionada establece una discriminación basada en la edad. De lo que se trata es de averiguar si dicha discriminación es o no razonable, si se encuentra

justificada y amparada en el ámbito de la Directiva 2000/78. Porque una diferencia de trato puede no considerarse discriminatoria si se analiza en relación con la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o en el contexto en que se desarrolle, siempre y cuando el objetivo limitador sea legítimo y razonable.

No es dudoso afirmar que la posesión de determinadas capacidades físicas específicas es una característica directamente relacionada con la edad y, su vez, que las funciones que desarrolla la policía, relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas, pueden requerir el empleo de la fuerza física. La naturaleza de estas funciones exige una aptitud física específica, en la medida en que los fallos físicos que se producen en el ejercicio de dichas funciones pueden tener consecuencias importantes no sólo para los propios agentes de policía y para terceros, sino también para el mantenimiento del orden público.

De ello se desprende que poseer capacidades físicas específicas para poder cumplir las misiones esenciales de la Ertzaintza: garantizar la protección de las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades de todos, y velar por la seguridad de los ciudadanos, puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante.

La fijación en 35 años de edad la máxima para el acceso a la Ertzaintza pretende garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de estos Cuerpos de Policía, asegurando que los nuevos funcionarios puedan efectuar las tareas más pesadas desde el punto de vista físico durante un período relativamente largo de su carrera.

Conviene recordar que la Directiva 2000/78 permite que se limite el acceso a los cuerpos policiales a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios. Y aunque el límite de edad que en determinadas condiciones se ha fijado en 30 años (Policía Local del Ayuntamiento de Oviedo) se ha entendido en ocasiones como desproporcionado, no lo es menos que las funciones desempeñadas por los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas son distintas de las encomendadas a la Policía Local, más exigentes en éstas y menos en aquellas.

La Academia en la vista ante el Tribunal de Justicia concreta que un agente de la Escala Básica de la Ertzaintza, escala para la que se organizó el proceso selectivo controvertido, no desempeña funciones administrativas, sino que ejerce esencialmente funciones operativas o ejecutivas, las cuales pueden implicar el recurso a la fuerza física y el cumplimiento de sus funciones en condiciones de intervención difíciles, incluso extremas. Conviene precisar que el reclutamiento del personal administrativo para la policía se realiza mediante otros mecanismos selectivos en los que no se tiene en consideración el límite de edad. Es decir, que la limitación en razón de la edad se encuentra circunscrita únicamente para determinados puestos de trabajo muy vinculados con el desarrollo de actividades físicas muy exigentes.

Precisa además la Academia que según sus informes a partir de la edad de 40 años los agentes de la Ertzaintza sufren una degradación funcional, que se traduce en una disminución de su capacidad de recuperación tras un esfuerzo sostenido y la incapacidad de ejercer cualquier otra función que requiera el mismo nivel de exigencias durante un determinado período de tiempo. De todas las consideraciones anteriores se deduce que las funciones de los agentes de la Escala Básica de la Ertzaintza implican tareas exigentes desde un punto de vista físico.

3. El Tribunal considera que una norma como la controvertida en el litigio principal es adecuada al objetivo de mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía y no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo. La diferencia de trato no constituye, por tanto, una discriminación proscrita, y sí se considera justificada.

En definitiva, el Tribunal entiende que la norma controvertida que restringe por motivos de edad el acceso a determinados cuerpos policiales no se opone a la Directiva 2000/78, pues el propósito de seleccionar a personal que pueda mantener el ejercicio de sus funciones operativas durante un período de años es una finalidad legítima.

7. STJUE de 1 de diciembre de 2016 [asunto: C 395/15]. Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L. c. Fondo de Garantía Salarial.**Peticiones de decisión prejudicial. Despido de trabajador durante su situación de incapacidad temporal.****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.**

1. El Sr. Daouidi fue en abril de 2014 por la empresa por Bootes Plus como ayudante de cocina bajo la modalidad de contratación eventual, justificada por el aumento de trabajo que experimenta el restaurante, por una duración de tres meses y a jornada parcial (20 horas por semana). El julio de ese mismo año se pactó la conversión de dicho contrato a jornada completa (40 horas por semana), prorrogándose por otros nueve meses más y fijándose como fecha de cese el 16 de abril de 2015.

En octubre de 2014 el Sr. Daouidi resbaló en la cocina del restaurante en el que trabajaba, dislocándose el codo izquierdo, que lo que recibió atención médica e ingreso en una incapacidad temporal derivada de accidente laboral. En noviembre de 2014, estando todavía de baja laboral, la empresa procedió al despido disciplinario del trabajador. En diciembre de 2014 el Sr. Daouidi presentó una demanda por despido ante la jurisdicción social, solicitando la nulidad del despido. Adujo que el despido del que fue objeto vulneraba su derecho fundamental a la integridad física, alegando que el motivo real de su baja laboral era su situación de incapacidad temporal derivada de su accidente de trabajo, siendo, por tanto, un despido en sí mismo discriminatorio.

El juzgado remitente de la cuestión prejudicial precisa que aunque formalmente el despido parece revestirse de una apariencia disciplinaria, cumpliendo todas las formalidades requeridas para el mismo, su motivo real es la situación de incapacidad que deriva del accidente laboral que padeció. Entiende, además, que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional un despido como esta basado en la enfermedad, o en la situación de incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo, no se considera discriminatorio por esa sola circunstancia.

El juzgado cuestiona, no obstante, si pudiera tener dicha calificación desde el punto de vista de la normativa de la Unión Europea, en la medida en que pudiera entenderse que el despido así acaecido puede violar el principio de no discriminación y vulnerar el derecho a la protección en caso de despido injustificado.

El juzgado remitente de la cuestión pregunta, en definitiva, si existe, en el litigio principal, una discriminación por ‘discapacidad’ con arreglo a lo previsto en la Directiva 2000/78. Estima que la limitación que padece el Sr. Daouidi al dislocarse el codo es evidente, y que la duración de la lesión, demasiado larga a juicio de la empresa que procede a su despido, puede considerarse de carácter ‘permanente’ de la limitación. En base a estas argumentaciones decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales, de las cuales la más trascendente, y la finalmente sustenta el pronunciamiento del Tribunal, es la siguiente: ¿Entraría en el concepto de ‘discriminación directa por discapacidad’ la decisión empresarial de despedir a un trabajador por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal por un accidente laboral?.

2. El Tribunal comienza el análisis por la última cuestión planteada. Precisa, con carácter previo, que la Unión aprobó la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48, y ello conlleva, por consiguiente, que a partir de la entrada en vigor de aquella, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión.

El concepto de discapacidad debe entenderse como referido a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, de largo plazo, y que pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Es importante subrayar que las discapacidades aquí contempladas incluyen también aquellas debidas a accidentes. Lo que conlleva que si un accidente acarrea una limitación de larga duración ésta puede incluirse en el concepto de ‘discapacidad’ que emplea la Directiva 2000/78.

En el caso cuestionado la incapacidad del sujeto es, en principio, reversible, aunque seis meses después del accidente laboral el codo del Sr. Daouidi seguía enyesado y no podía volver a desarrollar su

actividad profesional. Es claro que ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física, pero para determinar si puede considerársele una ‘persona con discapacidad’ debe analizarse si esa limitación de su capacidad es ‘duradera’ en el sentido en la jurisprudencia comunitaria lo interpreta. La Directiva 2000/78 no define el concepto de ‘discapacidad’ ni establece el de limitación ‘duradera’ de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto.

3. Ello conlleva que, cuando del tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, su interpretación debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate. En este concreto caso la falta de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros permite acudir al concepto que emplea la Directiva 2000/78.

El concepto de carácter ‘duradero’ de una limitación en el contexto de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por ésta se relaciona con la implementación de medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad, lo que demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período de tiempo. Pero dicha apreciación corresponde al juzgado remitente de la cuestión, pues tal apreciación es de carácter fáctico. Y en el caso enjuiciado el juzgador remitente llega a la conclusión, basándose en todos los elementos objetivos de los que dispone y, en particular, de los documentos y certificados relativos a su estado de salud, de que la limitación de la capacidad del Sr. Daouidi es ‘duradera’.

Ello comporta, en definitiva, que, teniendo en consideración la Directiva 2000/78, la cuestión prejudicial remitida debe interpretarse con arreglo a las siguientes premisas. En primer lugar, que el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal (de duración incierta) con arreglo al Derecho nacional a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de ‘duradera’ con arreglo a la definición de ‘discapacidad’ que emplea la mencionada Directiva. Para apreciar si dicha limitación es duradera, en segundo lugar, debe apreciarse si la incapacidad del interesado presenta o no una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo. Y para comprobar dicho carácter ‘duradero’ el juzgador de instancia debe apoyarse, en tercer lugar, en los elementos objetivos de que disponga, y muy particularmente en los documentos y certificados relativos al estado de dicha persona. Teniendo presente, en cuarto lugar, que entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es ‘duradera’ puede figurar, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo.

III. 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 19 de julio de 2016. Asunto Flores Quirós c. España (demanda núm.: 75183/10). Impago de deudas contraídas con la Seguridad Social. Pública subasta de local por la TGSS.

1. La señora Juana Flores Quirós demanda al Reino de España ante el TEDH el 13 de diciembre de 2010. Los hechos acaecidos se enmarcan en un procedimiento jurisdiccional por deudas contraídas con la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS, en adelante). En el marco de un procedimiento de ejecución judicial entablado contra el ex-esposo de la ahora demandante (Don M.B.M.), por impago de las deudas contraídas por aquél, la TGSS procedió a la venta en pública subasta de un local comercial que pertenecía tanto a Don M.B.M. como a la demandante.

2. La demandante entabló el correspondiente contencioso-administrativo, resuelto por sentencia de 8 de mayo de 2006 que estimaba la pretensión de la demandante y se reconocía un defecto en el procedimiento: la falta de notificación del precio de venta fijado para el local, anulándose la subasta.

Sin embargo la ejecución judicial contra el ex esposo de la demandante continuó su curso. La sentencia devino firme tras de desestimación del recurso de apelación impetrado frente a ella. En abril de 2007 se permitió que un tercer adquirente del local en cuestión inscribiera el bien exclusivamente a su nombre.

Paralelamente D. M.B.M interpuso un recurso contencioso-administrativo turnado a otro Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Es decir, la esposa había tramitado su pretensión en un juzgado distinto del interviniente por la impugnación jurisdiccional de su ex-esposo. El recurso del ex-esposo no fue estimado, no declarando la nulidad de la subasta. El defecto procedimental consistente en la falta de notificación del precio de venta fijado para el local sólo había perjudicado, en su caso, a la ex-esposa y que a ella correspondía hacer valer la nulidad de la resolución por dicho defecto.

El 4 de junio de 2007, es decir, cuarenta y cinco días después de que el tercer adquirente inscribiera el local comercial a su nombre, la ahora demandante promovió un incidente de ejecución de la sentencia de 8 de mayo de 2006 solicitando la inscripción de esta sentencia, ya firme, con el propósito de evitar la venta del bien a terceros de buena fe.

La TGSS se opuso a las pretensiones de la demandante, alegando que la subasta había sido declarada conforme a la ley por otra sentencia dictada en julio de 2006. El incidente de ejecución solicitado se desestimó, así como los recursos de súplica implementados frente a dicha resolución. El recurso de amparo intentado frente a dichas resoluciones fue inadmitido.

3. La demandante ante el TEDH sostenía que la sentencia de 8 de mayo de 2006 que era firme y había anulado la subasta del local comercial no se había cumplido.

El Gobierno Español reprocha a la demandante no haber informado al TEDH de la existencia de la sentencia del 31 de julio de 2006 que había desestimado la demanda de su ex-esposo declarando la validez de la subasta. Solicita por ello que el TEDH inadmita la demanda por considerarla abusiva.

También entiende que no se han agotado las vías de recurso interno y que la demandante no ha utilizado todos los recursos disponibles para solicitar la ejecución de la sentencia firme. El Gobierno entiende que la demandante podría haber ejercido una acción civil frente a su ex-esposo con el fin de reclamar los beneficios que se habrían obtenido de la subasta.

La demandante afirma, por su parte, que no ha organizado ninguna estrategia procesal fraudulenta. Precisa, en concreto, que no ha informado al TEDH sobre la sentencia del 31 de julio de 2006 que afectaba a su ex-esposo por no haber sido parte en el procedimiento.

4. El TEDH subraya que el derecho a la tutela judicial efectiva no quedaría garantizado si el ordenamiento jurídico interno de un Estado consintiera que una resolución judicial firme y obligatoria quedara inoperante por no aplicarse de manera práctica. Entiende, además, que si el Estado rehúsa u omite que se ejecute una resolución firme, o incluso si se demorase en hacerlo, se estaría erosionando las garantías de las que gozan las partes quedarían sin razón de ser. La ejecución de las resoluciones jurisdiccionales debe ser completa, perfecta y no parcial, debe tener contenido y aquietarse al contenido de la resolución que ejecuta.

El TEDH constata que la sentencia del 8 de mayo de 2006 se pronunció de manera directa sobre el recurso interpuesto por la demandante y decidió de manera no equívoca anular la subasta, todo ello sin perjuicio de que se prosiguiera, paralelamente, el procedimiento de apremio seguido contra el ex-esposo. El TEDH entiende que esta resolución no está en contradicción con la de julio de 2006 que atañía única y exclusivamente al ex-esposo de la ahora demandante. Por ello entiende el TEDH que no se puede suscribir el argumento del Gobierno consistente en suponer que la interesada podría haber impetrado una acción civil contra su ex-esposo.

Y, sobre todo, constata que el daño alegado por la demandante resultaba de la imposibilidad de impugnar la tasación del bien subastado, pero que dicho perjuicio no había sido causa por Don M.B.M. ni el procedimiento judicial interno, ya que dicho defecto procedía de las irregularidades cometidas por los Tribunales internos en otras resoluciones.

Repara finalmente el TEDH en que si la TGSS o los Tribunales consideraban que era imposible la ejecución de la sentencia del 8 de mayo por la existencia de la sentencia del 31 de julio de 2006, las jurisdicciones internas competentes deberían haber empleado los mecanismos legales para convocar a las parte a una audiencia que resolviese la contradicción interna.

En definitiva, el TEDH desestima las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno y, resolviendo sobre el fondo del asunto, estima que se ha producido una vulneración del derecho de la demandante a una protección jurisdiccional efectiva.

3. Decisión de 3 de noviembre de 2016. Asunto Caballero Ramírez c. España (demanda núm.: 24902/11). Concurso de movilidad interna para funcionarios.

1. La demandante, Doña Arice Del Carmen Caballero Ramírez, y Doña R.N.M se presentaron a un concurso de movilidad interna para ciertas categorías de funcionarios. Tras la adjudicación provisional de un puesto a Doña R.N.M. en otra localidad renunció al traslado, antes de la finalización del plazo, con el propósito de formular alegaciones contra esa adjudicación provisional.

La Administración no tuvo en consideración dicha renuncia y publicó en el Boletín Oficial correspondiente la relación provisional de adjudicaciones de las plazas, en la que a la demandante (Doña Arice Del Carmen Caballero Ramírez) se le adjudicaba la plaza ocupada inicialmente por R.N.M.

La Resolución de adjudicación mencionaba expresamente que se trataba de una adjudicación “*a resultas*”, es decir, que la plaza ofertada sólo podía ser ocupada si el funcionario que efectivamente la ocupaba y que, a su vez, había solicitado participar en el concurso, la liberaba de forma definitiva, trasladándose a su nuevo puesto de destino. Porque las plazas “*a resultas*” dependen de que los funcionarios efectivamente se trasladen, cosa que no sucede en este caso porque la señora R.N.M ha renunciado al traslado.

Aun cuando constaba la renuncia al traslado la Resolución de 19 de junio de 2006 adjudicó a la demandante definitivamente la plaza inicialmente ocupada por la señora R.N.M., quien, en el plazo oportuno, interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo, alegando, esencialmente, que su renuncia al concurso de traslados se había producido dentro de los plazos legalmente prescritos para ello.

2. El Juzgado de lo contencioso correspondiente en sentencia de 15 de octubre de 2007 anuló la adjudicación de la nueva plaza a Doña R.N.M. y acordó que se le repusiera en su antigua plaza. Pero la demandante en este procedimiento (Doña Arice Del Carmen Caballero Ramírez) no fue citada para comparecer en ese procedimiento ni se le notificó la sentencia. Es decir, no ha sido oída, en el correspondiente procedimiento Contencioso-Administrativo cuyo resultado le causa un perjuicio cierto e innegable.

La autoridad administrativa ejecuta la decisión jurisdiccional en sus propios términos. La demandante en este procedimiento (Doña Arice Del Carmen Caballero Ramírez) impetra el correspondiente recurso en vía administrativa, y tras ver desestimado éste procede a incoar el procedimiento jurisdiccional con el propósito de anular la decisión administrativa, básicamente alegando que en el procedimiento jurisdiccional anterior no había tenido la oportunidad de defender sus intereses, pues no fue citada en el procedimiento. El procedimiento se inadmite.

Paralelamente había impetrado un recurso contencioso-administrativo contra las decisiones meramente administrativas que ejecutaban las decisiones jurisdiccionales. El recurso en primera instancia es inadmitido, siéndolo también el recurso impetrado frente al mismo. También acude al Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo, que se inadmitió al entender el Tribunal que no la demandante no justifica “la especial transcendencia constitucional” del recurso.

Tras todo este proceder impetra el recurso extraordinario de revisión contra la decisión jurisdiccional de 15 de octubre de 2007 que anuló la adjudicación de la nueva plaza a Doña R.N.M. y acordó que se le repusiera en su antigua plaza. El recurso también fue rechazado, en este caso por ser claramente extemporáneo.

Planteó posteriormente un procedimiento de exención de responsabilidad patrimonial (reclamando 250.000 euros en concepto de daños e intereses) de la Administración, que fue desestimada por silencio administrativo. Frente a la decisión impetró un nuevo procedimiento jurisdiccional que triunfa

parcialmente, concediéndole finalmente una indemnización de 5.000 euros. El Tribunal entiende, esencialmente, que *“la actora confió durante un tiempo en la legalidad aparente de su nombramiento sin que conste que, hasta cierto momento, conociera el vicio del que adolecía ni su impugnación jurisdiccional”*.

Tras ver desestimada su solicitud de aclaración de sentencia acudió de nuevo en emparo ante el Tribunal Constitucional viendo inadmitida su pretensión.

3. El Gobierno solicita al TEDH que inadmita la demanda, por varios motivos. En primer lugar por ser una pretensión abusiva, toda vez que al momento de su planteamiento estaban pendientes de resolución varias pretensiones jurisdiccionales impetradas por ella, por lo que se entiende que la demanda es prematura, ya que no se han agotado todas las vías de recurso en vía interna. En concreto estaban pendientes de resolución al momento de interposición de la acción ante el TEDH el recurso de revisión y la acción de responsabilidad patrimonial.

En segundo lugar, porque entiende el Gobierno que la actora no ha sufrido un perjuicio importante, toda vez que no sólo ha sido repuesta en su plaza de origen, sino que, además, ha visto incrementado su patrimonio, pues entre la fecha de adjudicación provisional de su nueva plaza y la fecha de reposición en su puesto inicial, ha percibido un salario 1.000 euros superior al que hubiera percibido antes del concurso.

Y, por último, y en tercer lugar, porque las numerosas vías jurídica que ha empleado, muchas de ellas plenamente jurisdiccionales, demuestran que sí ha tenido acceso al conjunto de los medios de recurso ofrecidos en el Derecho interno.

La actora, por su parte, entiende que la información relevante sobre las demandas jurisdiccionales interpuestas por ella (esencialmente la de revisión) sí figuraba en el procedimiento ante el TEDH, y con respecto a la demanda de responsabilidad patrimonial aduce que entendía que no debía comunicárselo al TEDH, al ser un procedimiento independiente.

4. El TEDH recuerda que, en virtud del artículo 35 § 3 a) del Convenio, una demanda puede ser declarada abusiva, especialmente si se funda deliberadamente en hechos falaces, si se sustenta en una información incompleta, o engañosa. Se entiende que, en estos casos, estamos en presencia de un abuso de derecho, especialmente relevante cuando no se explica de manera razonable por qué no se ha suministrado toda la información pertinente al caso.

El TEDH entiende que aunque la concesión de una indemnización económica no es suficiente, por sí sola, de retirar a la demandante de la condición de víctima, la ocultación de la información relativa a la existencia de procedimientos jurisdiccionales vivos, esencialmente el procedimiento de revisión, constituye una información esencial para el enjuiciamiento de la demanda que debería haber sido comunicada al TEDH. Entiende, en definitiva, que la información ocultada se relacionada directamente con el asunto central discutido ante el TEDH y que, por tanto, debía haber sido comunicado al mismo, sin que las explicaciones dadas por la demandante justifiquen plenamente su silencio.

Entiende, por tanto, que la demanda debe ser declarada inadmisibles por ser abusiva, al haberse ocultado información relevante para su estimación.

4. Decisión de 13 de diciembre de 2016. Asunto M.B. c. España (demanda núm.: 15109/15). Dene-gación de la solicitud de asilo

1. La demandante, Sra. M.B. (de identidad no revelada), es una nacional camerunesa llegó al aeropuerto de Madrid- Barajas Adolfo Suárez el 7 de marzo de 2015, donde fue detenida por las Autoridades aduaneras. Al día siguiente presentó, asistida por un abogado, una solicitud de asilo, alegando, esencialmente, que tuvo que huir de Camerún debido a las amenazas recibidas por parte de la familia de su difunto esposo por haber descubierto que la demandante mantenía una relación con otra mujer. También temía las represalias de su familia política pues había rechazado la boda convenida con el hermano de su difunto esposo según la tradición de la etnia camerunesa Yambassa. La demandante afirma haber sido objeto de malos tratos durante su matrimonio por parte de su marido, que había fallecido a causa del virus del SIDA y se lo habría transmitido a la demandante.

2. El día 11 marzo 2015 la subdirección General de Asilo del Ministerio del Interior denegó la solicitud de asilo de la demandante, al considerar que la demandante basaba su decisión en alegaciones contradictorias e insuficientes, no siendo –a su juicio– creíble su exposición de los hechos. Tras su solicitud de reexamen el recurso fue desestimado el 16 marzo 2015.

La demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, solicitando la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión basándose en la posibilidad que concede la ley procesal administrativa. El 18 marzo la Audiencia Nacional acordó conceder la suspensión solicitada, al entender que los temores de la demandante de ser víctima de violencia podrían considerarse creíbles y razonables. Sin embargo el 26 marzo 2015 levantó la suspensión de la medida, sobre la base de varios argumentos, entre ellos, esencialmente, por entender que no había ninguna prueba de que existiera acoso personal o agresión social o familiar creíble.

3. El 27 de marzo de 2015, un día antes del fijado para su expulsión, la demandante interpuso ante el TEDH una solicitud de medida cautelar con arreglo al artículo 39 de su Reglamento, aun cuando pendía todavía el recurso contencioso-administrativo que había impetrado sobre el fondo del asunto ante la Audiencia Nacional. El mismo día 27 de marzo de 2015, el TEDH acordó indicar al Gobierno español que no procediera a la devolución de la demandante a Camerún mientras se tramitaba el procedimiento ante el tribunal interno.

La Audiencia Nacional mediante sentencia de 11 de febrero de 2006 estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante contra las resoluciones denegatorias de su solicitud de asilo y ordenó su admisibilidad con el fin de proceder al examen sobre el fondo. Entiende, siguiendo el criterio de dos sentencias del Tribunal Supremo de 27 marzo 2013, que si las manifestaciones y argumentaciones de la demandante no se revelaban a primera vista como claramente abusivas o manifiestamente infundadas lo precedente era tramitar su pretensión de asilo mediante el procedimiento administrativo ordinario, y al no haberse seguido éste procede anular la totalidad del procedimiento administrativo con el fin de que sea reexaminado por completo en vía administrativa.

4. La demandante entiende, apoyándose en el art. 13 del Convenio que no se le ha patrocinado el recurso efectivo al que tiene derecho y que las Autoridades nacionales no han examinado suficientemente el fondo de sus alegaciones.

5. El Gobierno solicita, por su parte, el archivo de las actuaciones, al entender que la demandante de asilo no pudo seguir pretendiendo ser una víctima potencial de una violación del Convenio, pues la Audiencia Nacional en su sentencia de 11 de febrero de 2016 ya anuló las resoluciones administrativas que habían denegado la solicitud de asilo, comenzando todo el procedimiento mediante los trámites ordinarios, con lo que se procede a un reexamen de todas las circunstancias concurrentes y de la pretensión de la solicitantes de asilo.

6. El TEDH aprecia que la solicitud de protección internacional se encuentra pendiente de examen por parte de las Autoridades administrativas siguiendo el procedimiento ordinario. Este procedimiento conlleva, en sí mismo, la suspensión de la orden de expulsión, hasta la resolución del la pretensión de fondo. En definitiva, la demandante no puede ser expulsada del territorio español hasta la terminación del procedimiento de concesión de asilo. Concreta, además, que en el caso de que su solicitud fuese denegada tendría abierta la posibilidad de acudir jurídicamente al TEDH de nuevo. Todo ello conlleva que no se justifica la prosecución del examen de esta queja, procediéndose a su archivo, sin que con ello se prejuzgue el fondo del asunto.

Lo trascendente es que la orden de expulsión no puede ser ejecutiva hasta la terminación del procedimiento ordinario en el que se valoran todas las cuestiones de hecho y de derecho alegadas por la demandante de asilo, permitiéndole, en todo caso, acudir al TEDH de nuevo.

7. También se rechazan, por prematuras, la alegación de los terceros intervinientes, relativa a que los procedimientos que se aplican en España en materia de asilo no permiten un examen eficaz de

las solicitudes complejas, y, en particular de aquellas que se fundan en la orientación sexual y en la identidad de género. El TEDH entiende, no obstante, que tras la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2016 el reexamen de la solicitud con arreglo al procedimiento ordinario puede detenerse en apreciar estas circunstancias, y que, en caso de desestimación de la pretensión la demandante tiene la posibilidad de plantear sus pretensiones por medio de un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y, más tarde, de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo en su caso, mecanismo, todos ellos, que pueden ejercer un control de legalidad suficiente a la luz del Convenio.

LAS DIFICULTADES PRÁCTICAS DE LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE EN EL PROCESO MONITORIO EUROPEO

PRACTICAL DIFFICULTIES IN DETERMINING THE COMPETENT COURT OF THE EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE

ANA ISABEL BLANCO GARCÍA

Ayudante Doctor en Derecho Procesal

Universitat de València

orcid ID: 0000-0002-8313-4930

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3889>

Resumen: La STJUE de 10 de marzo de 2016, *Flight Refund Ltd. vs. Deutsche Lufthansa AG*, versa sobre el procedimiento a seguir cuando se ha formulado oposición contra un requerimiento europeo de pago expedido por un órgano o autoridad de un Estado miembro, en este caso, Hungría, cuyos tribunales no son competentes para conocer de la reclamación formulada en el requerimiento, siendo que el Reglamento (CE) nº 1896/2006 no establece criterio de competencia para tales supuestos. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia trata de determinar, de forma algo confusa, las facultades del tribunal encargado de designar el órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso contencioso derivado de la oposición al requerimiento de pago.

Palabras clave: proceso monitorio europeo, Reglamento (CE) nº 1896/2006, oposición del demandado al requerimiento europeo de pago, competencia internacional.

Abstract: CJEU's decision on the 10th of March 2016, Case *Flight Refund Ltd. vs. Deutsche Lufthansa AG* analyses the contentious proceeding after the presentation of the statement of opposition to an European order for payment issued by an organ or authority without international jurisdiction (in this case, the Hungarian Courts), taking into consideration that the Regulation (EC) nº 1896/2006 does not establish the general ground of jurisdiction. The CJEU's decision deals, in a confusing manner, with the power of the competent Court to issue the contentious proceedings arising from the defendant's opposition to the European order for payment.

Keywords: European order for payment procedure, Regulation (EC) nº 1896/2006, defendant's opposition to the European order for payment, international judicial competence

Sumario: I. Introducción. II. Circunstancias particulares del caso y las cuestiones prejudiciales planteadas. III. Problemática en la identificación del tribunal competente. IV. Interpretación del Tribunal de Justicia y solución. V. Una reflexión final.

I. Introducción

1. El Reglamento (CE) n.º 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, RPME)¹ tiene el propósito

¹ DOUE L 399, de 30 diciembre 2006, p. 1.

de desarrollar un procedimiento europeo uniforme para la obtención de una resolución judicial ejecutiva sobre una deuda no impugnada, esto es, sobre la que no se formule oposición, siempre respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Como acertadamente señala PLANCHADELL, este proceso es una manera rápida, sencilla y económica de resolver las pretensiones que se presumen de manera incontestable². En efecto, el proceso monitorio europeo³ constituye el primer proceso civil común de la Unión Europea, un proceso especial y sumario cuyo ámbito de aplicación queda constreñido a los procesos transfronterizos.

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia *Flight Refund Ltd. Deutsche Lufthansa AG* (10 de marzo de 2016, Asunto C-94/2014), ha puesto de manifiesto la problemática a la que podría enfrentarse un acreedor ante un requerimiento europeo de pago imposible de ejecutar por un cúmulo de errores cometidos en el proceso de solicitud y expedición de dicho requerimiento.

II. Circunstancias particulares del caso y las cuestiones prejudiciales planteadas

3. De la lectura de los hechos de la Sentencia y de las Conclusiones de la Abogada General, se desprende que la controversia deriva de la reclamación por un importe total de 600 euros de una pasajera de nacionalidad húngara por el retraso de un vuelo procedente de Newark (EE.UU.) y con destino a Londres (Reino Unido), con base en las disposiciones del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos⁴, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91⁵, (en adelante, Reglamento (CE) n.º 261/2004).

4. Esta pasajera cedió su derecho a una compensación a la sociedad Flight Refund Ltd (en adelante, Flight Refund), con domicilio en Reino Unido. En virtud de este contrato de cesión, Flight Refund tiene derecho al 25% de dicha cantidad (en total, 150 euros) solamente en caso de que la reclamación prospere. De ahí que se entienda su pasividad ante las dificultades manifestadas por la Kúria. Esta sociedad solicitó ante una notaría húngara una petición de requerimiento europeo de pago contra la compañía aérea Deutsche Lufthansa AG (en adelante, Lufthansa), con sede en Alemania.

5. La notaria húngara, erróneamente, basó su competencia en el Convenio de Montreal aprobado mediante la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional⁶, siendo el inicio de una cadena de erráticas actuaciones que han derivado en una sentencia poco ambiciosa. Ello sin efectuar comprobación alguna respecto del lugar de celebración del contrato, del lugar donde el daño se había producido, del lugar de la oficina del transportista o incluso del lugar de destino del vuelo. Al requerimiento expedido se le formuló oposición por Lufthansa, pues manifestó que el vuelo fue operado por United Airlines, por lo que no se hacía responsable del retraso en la salida del vuelo.

6. Tras el escrito de oposición, el caso fue remitido a la Kúria (Tribunal Supremo húngaro) para proceder a la designación del tribunal competente para conocer del contencioso. En esta sede, la abogada de Flight Refund manifestó su imposibilidad de determinar el tribunal competente tras el inicio de

² A. PLANCHADELL GARGALLO, *La tutela del crédito en el proceso monitorio*, Madrid, La Ley, 2015, p. 280.

³ Sobre este proceso, véanse, C. CARRETERO GONZÁLEZ, “Cuestiones relevantes del proceso monitorio europeo (luces y sombras)”, *Revista de derecho procesal*, n.º 1, 2008, pp. 55-81; V. MAGRO SERVET, “Hacia un proceso monitorio común europeo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, 2002, pp. 1766-1772.

⁴ Para un análisis exhaustivo de la regulación contenida en este Reglamento, véase, por todo, R. PAZOS CASTRO, “El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de pasajeros”, *InDret*, n.º 2, 2017.

⁵ DOUE L 46, de 17 febrero 2004, p. 1.

⁶ DO L 194, de 18 julio 2001, p. 38.

la fase contenciosa, así como que la reclamación no se basaba en el Convenio de Montreal, sino en el Reglamento (CE) n° 261/2004.

7. A este respecto, el tribunal remitente manifestó sus dudas sobre las reglas para determinar la competencia internacional en un proceso monitorio europeo a tenor del Reglamento (CE) n° 261/2004 y, por ello, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales⁷:

“1) En el caso de que la expedición de un requerimiento europeo de pago resulte contraria al objeto del Reglamento [n.º 1896/2006] o sea atribuible a una autoridad que no disponga de competencia material, ¿puede revisarse de oficio? ¿O debe archivarse de oficio o a instancia de parte, por falta de competencia, el procedimiento contencioso iniciado a raíz de una oposición?”

2) En el caso de que algún tribunal húngaro sea competente para conocer del procedimiento, ¿debería interpretarse la norma de competencia pertinente en el sentido de que, cuando conozca de un procedimiento para la designación de un tribunal, la Kúria [(Tribunal Supremo)] ha de designar al menos un tribunal que, incluso a falta de competencia material y territorial conforme a las normas de procedimiento del Estado miembro, tiene la obligación de pronunciarse sobre el fondo del procedimiento contencioso iniciado a raíz de la oposición?”

8. De la lectura de estas cuestiones prejudiciales se desprende, básicamente, que el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 17.1 del RPME en relación con la posible interpretación de que dicho cuerpo legal contiene una regla para determinar la competencia para el requerimiento europeo de pago en favor de los tribunales del Estado miembro de origen de tal requerimiento (en este caso, Hungría), con independencia de las reglas establecidas en el Reglamento (CE) 44/2001.

9. En el presente procedimiento formularon observaciones escritas los Gobiernos de Alemania y Hungría, siendo que la Abogada General Eleanor Sharpston presentó sus conclusiones el día 22 de octubre de 2015.

⁷ Téngase en cuenta que en un principio se formularon hasta cinco cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia el 27 de febrero de 2014, pero posteriormente -26 de noviembre de 2014- tres de ellas fueron retiradas y dos modificadas para ajustarlas al marco jurídico aplicable, que no era otro que el Reglamento (CE) n° 261/2004 y no el Convenio de Montreal. Estas cinco cuestiones prejudiciales iniciales eran las siguientes:

“1) ¿Puede reclamarse la indemnización reconocida en el artículo 19 del Convenio de Montreal en un proceso monitorio europeo?”

2) En lo que se refiere a la indemnización reconocida en el artículo 19 del Convenio de Montreal, ¿la competencia del notario habilitado para expedir un requerimiento europeo de pago –equiparado a un órgano jurisdiccional nacional– y la competencia judicial, una vez incoado el procedimiento contencioso tras la oposición del demandado, se determinan conforme a las disposiciones sobre competencia del Reglamento (CE) no 1896/2006 (1) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (en lo sucesivo, «Reglamento no 1896/2006»), del Reglamento (CE) no 44/2001 (2) del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, «Reglamento no 44/2001»), y/o conforme a las disposiciones del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (en lo sucesivo, «Convenio de Montreal»)?: ¿De qué modo se relacionan estas normas de competencia?”

3) En el caso de que se apliquen las normas de competencia del Convenio de Montreal, ¿puede el demandante, incluso a falta de cualquier otro elemento de conexión, ejercitar su derecho a indemnización, a su elección, ante un tribunal de uno de los Estados parte o el tribunal ante el que se ha ejercitado dicho derecho debe ser territorialmente competente conforme a las normas procesales de su Estado miembro? Por otro lado, ¿cómo debe interpretarse la norma de competencia opcional prevista en el Convenio de Montreal que se remite al tribunal del lugar en que el transportista tiene una oficina por cuyo conducto se haya celebrado el contrato? C 142/22 ES Diario Oficial de la Unión Europea 12.5.2014

4) En el caso de que la expedición de un requerimiento europeo de pago resulte contraria al objeto del Reglamento o sea atribuible a una autoridad que no disponga de competencia material, ¿puede revisarse de oficio? ¿O debe archivarse de oficio o a instancia de parte, por falta de competencia, el procedimiento contencioso iniciado a raíz de una oposición?”

5) En el caso de que algún tribunal húngaro sea competente para conocer del procedimiento, ¿deben interpretarse las normas procesales nacionales, de conformidad con el Derecho de la Unión y del Convenio de Montreal, en el sentido de que designan necesariamente al menos un tribunal que, incluso a falta de otros elementos de conexión, tiene la obligación de pronunciarse sobre el fondo del procedimiento contencioso iniciado a raíz de la oposición?”

III. Problemática en la identificación del tribunal competente

10. El proceso monitorio europeo, como todos sabemos, nace con vocación de ofrecer al acreedor un procedimiento rápido y sencillo para exigir deudas dinerarias líquidas y vencidas no impugnadas, dentro del territorio de la Unión, mediante un título ejecutivo que le permita cobrar la deuda en el seno de la Unión Europea. Ahora bien, esta sencillez desaparece cuando el requerido (deudor) formula oposición a dicho requerimiento.

11. La interposición de un escrito de oposición al requerimiento europeo de pago tiene un doble efecto jurídico. Por un lado, el requerimiento de pago no puede ser declarado ejecutivo con arreglo a lo establecido en el artículo 18 del RPME, pues resulta obvio que debe analizarse previamente la validez de la oposición. Por otro lado, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 17 del RPME “[E]n caso de que se presente un escrito de oposición en el plazo señalado en el artículo 16, apartado 2, el proceso continuará ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen con arreglo a las normas del proceso civil ordinario que corresponda, a menos que el demandante haya solicitado expresamente que, en dicho supuesto, se ponga fin al proceso”. En este caso, el proceso debería continuar ante los tribunales de Hungría, siendo que el demandado acepta la competencia de estos órganos jurisdiccionales para conocer del proceso contencioso relativo al crédito impugnado⁸. Prosigue este precepto estableciendo, además, que el traslado al proceso civil ordinario se regirá por el Derecho del Estado miembro de origen, en este caso, conforme al derecho húngaro.

12. Nos encontramos, en consecuencia, ante un requerimiento de pago que no es ejecutable y cuya oposición debe ser resuelta a través de un proceso civil ordinario ante los tribunales competentes húngaros –Estado miembro de origen–. Esta situación, en teoría, no debería plantear problema alguno. Ahora bien, ¿qué sucede cuando un Estado miembro no ha previsto en su ordenamiento interno las reglas de competencia internacional para este tipo de contencioso? He aquí el *quid* de la cuestión.

13. Así, por ejemplo, el legislador español⁹, dada la remisión al 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 (Bruselas I)¹⁰, ha regulado las normas de jurisdicción y competencia territorial en la Disposición Final 23ª de la LEC sobre medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, especificando que serán competentes los Juzgados de Primera Instancia para conocer tanto del procedimiento de instancia del monitorio europeo¹¹ como de la ejecución del requerimiento de pago (D.F. 23ª, ap. 13¹²).

⁸ STJUE 13 junio 2013, *Goldbet Sportwetten GmbH*, 144/12, *Rec.* 2013, p. 393. El apartado 43 de esta Sentencia declara que “Del conjunto de consideraciones anteriores resulta que procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 6 del Reglamento n.º 1896/2006, en relación con el artículo 17 del mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que una oposición al requerimiento europeo de pago que no incluya una impugnación de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen no puede considerarse como una comparecencia en el sentido del artículo 24 del Reglamento n.º 44/2001, y que carece de pertinencia al respecto el hecho de que el demandado, en el marco del escrito de oposición que presentó, haya formulado alegaciones sobre el fondo del asunto”.

⁹ Sobre la regulación del proceso monitorio europeo en el ordenamiento jurídico español, véase, S. GARCÍA CANO, “El proceso monitorio europeo y su articulación en el Derecho español”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 23, 2011.

¹⁰ DOUE L 12, de 16 enero 2001, p. 1.

¹¹ “1. Corresponde al Juzgado de Primera Instancia, de forma exclusiva y excluyente, el conocimiento de la instancia del proceso monitorio europeo, regulado en el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006”.

¹² “13. La competencia para la ejecución en España de un requerimiento europeo de pago que haya adquirido fuerza ejecutiva corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado.

Igualmente, le corresponderá la denegación de la ejecución del requerimiento europeo de pago, a instancia del demandado, así como la limitación de la ejecución, la constitución de garantía o la suspensión del procedimiento de ejecución a que se refieren los artículos 22 y 23 del Reglamento (CE) n.º 1896/2006”.

14. Por el contrario, el ordenamiento húngaro se ha dispuesto de forma distinta. En efecto, el artículo 59 de la Ley L de 2009, sobre el requerimiento de pago, establece que los notarios son competentes para expedir el requerimiento europeo de pago establecido en el RPME. En caso de oposición, el artículo 38.1 de la citada norma insta a este notario competente a remitir el expediente al órgano jurisdiccional indicado por el demandante en la petición de requerimiento europeo de pago. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el demandante no incluyó información alguna sobre el órgano jurisdiccional al cual quería someterse, por lo que deviene aplicable el apartado tercero del artículo 38, debiendo el notario competente remitir en este caso el expediente al órgano jurisdiccional material y territorialmente competente con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil húngara.

15. El problema aquí no deviene del incumplimiento de esta norma, pues efectivamente la notaria húngara procedió a transferir el caso a La Kúria (Tribunal Supremo), con el fin de que fuera este órgano quien determinara el juzgado o tribunal competente para conocer del proceso contencioso derivado de la oposición al requerimiento europeo de pago, sino más bien de la imposibilidad de éste de determinarlo. En efecto, sin entrar a discutir sobre la falta de previsión del legislador húngaro -incluso incumplimiento del mandato del legislador europeo-, entendemos que estamos ante una dificultad añadida derivada de la ausencia de disposiciones en relación con el tribunal específico que ostenta la competencia para conocer del proceso contencioso derivado de la presentación del escrito de oposición por el reclamado contra un requerimiento europeo de pago.

16. Al respecto, coincidimos con la Abogada General en estimar “preciso encontrar una solución que sea compatible con la normativa y que permita poner fin al proceso monitorio europeo, que Flight Refund presente su reclamación (si aún lo desea) y que Lufthansa pueda defenderse en un foro competente en el sentido del Reglamento Bruselas I”¹³, pues lo contrario supondría, a nuestro entender, generar una situación de indefensión para la viajera perjudicada que no podría ver tutelada su pretensión.

IV. Interpretación del Tribunal de Justicia y solución

17. La esencia de las cuestiones prejudiciales es la determinación de qué debe hacerse en este caso donde el requerimiento europeo de pago ha sido expedido por una notaria húngara aun cuando sus tribunales no son competentes para conocer de la reclamación formulada en el requerimiento, especialmente con el problema subyacente de la existencia de un proceso contencioso derivado de la oposición al requerimiento, pues, de conformidad con la norma europea, son competentes para conocer de este proceso los tribunales del Estado miembro de origen, esto es, Hungría.

18. En consecuencia, la Kúria pretende que el Tribunal de Justicia le aclare los criterios para determinar la competencia para conocer del contencioso, más allá del Derecho nacional al que la regulación europea también remite. En este sentido, entendemos trata de que el Tribunal de Justicia le confirme si, tratándose del órgano jurisdiccional orgánicamente superior (recordemos que es el Tribunal Supremo), estaría facultada para resolver el contencioso o, por el contrario, está obligada a designar un tribunal húngaro aun a falta de reglas de competencia.

19. Si bien es cierto que puede existir cierta confusión, como así lo demuestra la Kúria, sobre la regulación internacional aplicable, no lo es menos que es jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁴ el hecho de que, ante una demanda presentada con base en el Reglamento (CE) n° 261/2004, las reglas sobre competencia judicial son aquellas establecidas en el Reglamento Bruselas I.

20. En palabras de MARCHAL ESCALONA, “no es admisible que no exista Tribunal territorialmente competente para conocer en un Estado que, de acuerdo con la normativa institucional, posee compe-

¹³ Conclusiones Abogada General, ap. 72.

¹⁴ STJUE 9 julio 2009, *Redher*, 204/08, *Rec.* 2009, p. 439.

tencia judicial internacional para conocer del asunto. En el caso, de que un Tribunal húngaro tuviera competencia judicial internacional para conocer del procedimiento judicial, dicho órgano tendría previsiblemente también competencia territorial¹⁵. Ahora bien, en este supuesto que, como hemos dicho, es un tanto peculiar, no resultaba tan fácil verificar la competencia judicial internacional de los tribunales húngaros dada la falta de información proporcionada por Flight Refund.

21. Conforme al sistema previsto en el Reglamento Bruselas I, el primer órgano competente sería el tribunal del Estado miembro del domicilio del demandado (artículo 2.1), esto es, los tribunales alemanes (recuérdese que Lufthansa tenía su sede en Alemania). En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 5.1b), serían competentes los tribunales del lugar en que haya sido cumplida la obligación, en este caso, los tribunales ingleses por ser los tribunales del Estado de destino del vuelo que dio origen a la reclamación. Por tanto, queda patente que los tribunales húngaros no son competentes. No obstante, dada la presentación del escrito de oposición y atendiendo al RPME, son los tribunales húngaros quienes deben conocer del proceso civil ordinario, aun cuando el requerimiento europeo de pago ha sido expedido de manera errónea.

22. A la vista de las circunstancias especiales del caso, la Abogada General propone al Tribunal que conteste las cuestiones planteadas mediante la interpretación del Reglamento (CE) n° 1896/2006, partiendo de la concurrencia de alguna de estas circunstancias:

- “a) un requerimiento europeo de pago ha sido expedido por un tribunal o por una autoridad de un Estado miembro pero no puede identificarse ningún criterio para establecer la competencia territorial de los tribunales de dicho Estado miembro para conocer de la demanda presentada,
- b) el demandado ha presentado un escrito de oposición de manera que, con arreglo al artículo 17, apartado 1, del Reglamento n° 1896/2006, el proceso debe continuar ante los tribunales competentes de dicho Estado miembro con arreglo a las normas del proceso civil ordinario, y
- c) se solicita a un tribunal superior, con arreglo a estas normas, que designe el tribunal competente”.

En este caso, entiende la Abogada General que el Tribunal de Justicia debería determinar que es el tribunal superior quien debería designar “un tribunal que habría sido competente para revisar la validez del requerimiento europeo de pago en caso de que el demandado hubiese solicitado su revisión con arreglo al artículo 20, apartado 2, del Reglamento n° 1896/2006 y que también sea materialmente competente para conocer de las demandas de este tipo”.

23. No obstante, el Tribunal de Justicia se ha separado de las sugerencias poco acertadas de la Abogada General a la hora de emitir su fallo. Una interpretación, a nuestro juicio, también desacertada por la ambigüedad y poca claridad para superar el problema planteado para la pasajera, pues en realidad se limita a repetir lo indicado en el RPME, sin resolver la problemática en torno a la articulación entre el proceso europeo y los derechos nacionales de los Estados miembros en relación con el contencioso derivado de la oposición a un requerimiento europeo de pago.

24. Así las cosas, el Tribunal de Justicia emite las siguientes consideraciones finales, partiendo de la problemática a la que nos referíamos *supra*, esto es, al supuesto en el que un tribunal conoce de un procedimiento relativo a la designación de un órgano jurisdiccional territorialmente competente

¹⁵ N. MARCHAL ESCALONA, “Sobre la determinación del Tribunal competente en el proceso monitorio europeo: ¿una misión imposible?: (STJUE de 10 de marzo de 2016, Asunto C 94/2014: Flight Refund Ltd. Deutsche Lufthansa AG)”, *La Ley Unión Europea*, n° 38, 2016, pp. 5-6.

Véase, también, F. F. GARAU SOBRINO, “La oposición a un requerimiento europeo de pago emitido por órgano jurisdiccional incompetente: TJUE (Sala Cuarta) de 22 de octubre de 2015, asunto C-245/2014: Thomas Cook Belgium”, *La Ley Unión Europea*, n° 36, 2016.

del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago y, en tales circunstancias, examina la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro para conocer del procedimiento contencioso, estableciendo a tal efecto lo siguiente:

25. En primer lugar, señala que “*al carecer el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, de indicaciones sobre las facultades y las obligaciones del referido tribunal, tales cuestiones de procedimiento se rigen, en aplicación del artículo 26 del citado Reglamento, por el Derecho nacional de dicho Estado miembro*”. Se trata, básicamente, de una remisión a la normativa aplicable, que remite al derecho interno del Estado miembro de origen del requerimiento. Esta regla no suscita controversia, empero, en el caso que nos ocupa, sucede lo contrario, pues ya hemos indicado que el problema deriva de la falta de normativa procesal estatal que determine de forma precisa y concreta el tribunal o tribunales competentes para conocer del proceso contradictorio que se inicia tras el escrito de oposición. En consecuencia, entendemos que la remisión al Derecho nacional (húngaro) efectuada por el Tribunal de Justicia deviene inútil e infructífera por cuanto no solucionamos el problema manifestado ya por la Kúria.

26. En segundo lugar pero en relación con el punto anterior, el Tribunal de Justicia afirma que “*el Reglamento (CE) n.º 44/2001 (...) exige que la cuestión de la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago se resuelva en aplicación de normas procesales que permitan garantizar el efecto útil de las disposiciones de dicho Reglamento y el derecho de defensa, con independencia de que quien se pronuncie sobre dicha cuestión sea el tribunal remitente u otro tribunal al que este último designe como órgano jurisdiccional territorial y materialmente competente para conocer —con arreglo al proceso civil ordinario— sobre un crédito como el controvertido en el litigio principal*”. Se trata, pues, de una decisión excepcional con la finalidad de dar salida a un problema planteado y así garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos de defensa.

27. En tercer lugar, “*en el caso de que un tribunal como el remitente se pronuncie sobre la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago y concluya, a la vista de los criterios establecidos por el Reglamento n.º 44/2001, que existe tal competencia, este último Reglamento y el Reglamento n.º 1896/2006 obligan a ese tribunal a interpretar el Derecho nacional en el sentido de que permite identificar o designar un tribunal territorial y materialmente competente para conocer de dicho procedimiento*”. Al respecto, “*la falta de un tribunal que tenga atribuida competencia territorial si tiene competencia judicial internacional, no implica la imposibilidad de que o exista juez o Tribunal alguno que pueda decidir el supuesto de que se trate*”¹⁶.

28. Y, finalmente, “*en el caso de que un tribunal como el remitente concluya que no existe tal competencia internacional, no está obligado a revisar de oficio, por analogía con el artículo 20 del Reglamento n.º 1896/2006, dicho requerimiento de pago*”. Esta conclusión resulta obvia si entendemos que cualquier tribunal que afirme que no existe ninguna competencia internacional debería declararse *ex officio* incompetente, no pudiendo entrar a conocer ni, por tanto, a revisar, dicho requerimiento de pago. Ahora bien, entendemos que esta interpretación no impide que esta revisión no pueda ser solicitada a instancia del demandado, en este caso, Lufthansa, por tratarse de un requerimiento europeo de pago expedido con errores procesales, si bien carece de mucho sentido que en la práctica esto pueda suceder, porque el demandado no posee ningún interés en la continuación del proceso.

V. Una reflexión final

29. Es cierto que las circunstancias que envuelven este litigio son calificables de bastante complejas e incluso inusuales, e incluso podríamos decir que han frustrado la esencia del propio monitorio

¹⁶ N. MARCHAL ESCALONA, “Sobre la determinación del Tribunal competente en el proceso monitorio europeo: ¿una misión imposible?: (STJUE de 10 de marzo de 2016, Asunto C 94/2014: Flight Refund Ltd. Deutsche Lufthansa AG)”, *op. cit.*, p. 10.

europeo de simplificar y agilizar el cobro de créditos pecuniarios no impugnados, pero no es menos cierto que el Tribunal de Justicia no arroja luz ni disipa las dudas, aun teniendo en cuenta la falta de dirección en la formulación de las cuestiones prejudiciales.

30. Se trata, a nuestro parecer, de una respuesta del Tribunal de Justicia un tanto abstracta, que no afronta realmente las dificultades prácticas que el RPME presenta y, por ende, que poco aporta a la mejora de este procedimiento europeo, pues se limita a remitir al Derecho nacional sin establecer unas pautas o normas que deben regir el requerimiento europeo bajo complejas circunstancias, lo que provoca que se entienda que estamos ante una decisión calificable como *non liquet*.

EL FORO ESPECIAL EN MATERIA DELICTUAL O
CUASIDELICTUAL Y LA COMPENSACIÓN POR COPIA
PRIVADA: ASUNTO C-572/14, *AUSTRO-MECHANA*

JURISDICTION IN MATTERS RELATING TO TORT, DELICT
OR QUASI-DELICT AND PRIVATE COPYING LEVY
CASE C-572/14, *AUSTRO-MECHANA*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

Profesora titular interina de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
orcid ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 13.07.2017 / Aceptado: 16.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3890>

Resumen: El presente trabajo analiza la STJUE de 21 de abril de 2016, relativa a un litigio entre Austro-Mechana, sociedad austriaca de gestión de derechos de autor, y la empresa Amazon. La cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, en una reclamación del canon por copia privada previsto en el Derecho austriaco.

Palabras clave: Reglamento 44/2001, materia delictual o cuasidelictual, compensación por copia privada.

Abstract: This article deals with the Judgment of the Court (First Chamber) of 21 April 2016, related to a dispute between a copyright-collecting society (Austro-Mechana) and Amazon. The request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 5(3) of Council Regulation (EC) No 44/2001 in a claim seeking to obtain a private copying levy due by virtue of the Austrian Law.

Keywords: Council Regulation (EC) No 44/2001, matters relating to tort, delict or quasi-delict, private copying levy.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. La cuestión prejudicial. 1. La compensación por copia privada en el Derecho austriaco. 2. Materia contractual versus materia delictual o cuasidelictual. 3. La responsabilidad delictual o cuasidelictual. IV. Valoración.

I. Introducción

1. El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la STJUE de 21 de abril de 2016, relativa a una reclamación del pago de la conocida como “compensación por copia privada”, admitida por la *Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*¹.

¹ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, ECLI:EU:C:2016:286, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&qid=1499257794098&from=ES> y *Directiva*

II. Hechos

2. El litigio en el marco del cual se suscita la cuestión prejudicial, enfrenta a *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH* (en adelante, “Austro-Mechana”), sociedad austriaca de gestión de derechos de autor, y a *Amazon EU Sàrl, Amazon Services Europe Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon Logistik GmbH y Amazon Media Sàrl* (en adelante, “Amazon”), empresa con domicilio en Luxemburgo y Alemania.

3. Austro-Mechana interpuso una demanda contra Amazon ante los tribunales austriacos por impago de la “compensación equitativa” que la Directiva 2001/29 permite exigir por la “copia privada” de obras protegidas.

4. Los tribunales austriacos se declararon incompetentes para conocer del asunto tanto en primera instancia como en apelación, siendo planteada una cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo austriaco (*Oberster Gerichtshof*).

III. La cuestión prejudicial

5. La cuestión se refiere a si este tipo de reclamaciones resultan incluidas en el ámbito de aplicación del art. 5.3 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* (equivalente al actual art. 7.2 del *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*), que permite determinar la competencia judicial internacional en casos de responsabilidad en materia delictual o cuasidelictual².

6. Para dar una respuesta a la cuestión prejudicial, cabe señalar que existen tres conceptos clave en el litigio planteado:

- a) Cómo se configura la *compensación por copia privada* de la Directiva 2001/29 en el Derecho austriaco.
- b) Si, en el ámbito de la competencia judicial internacional, la demanda se enmarca en el concepto de materia contractual o, por el contrario, en el concepto de *materia delictual o cuasidelictual*.
- c) Si se trata de una demanda con la que se pretende exigir una *responsabilidad delictual o cuasidelictual* al demandado.

1. La compensación por copia privada en el Derecho austriaco

7. En virtud del art. 5.2 de la *Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*, los Estados miembros pueden

2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, DOCE núm. L 167, de 22 de junio de 2001, pp. 10-19, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/29/oj>. Sobre la Sentencia, vid., entre otros, C. M. GARCÍA MIRETE, “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de abril de 2016, asunto Austro-Mechana. La compensación equitativa por copia privada, ¿es una materia delictual o cuasidelictual a los efectos del artículo 5.3 Reglamento (UE) 1215/2012?”, *Ars Iuris Salmanticensis. AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp. 250-253.

² Respectivamente, DOCE núm. L 12, de 16 de enero de 2001, pp. 1-23, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2001/44/oj>, y DOUE núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012, pp. 1-32, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>

establecer “excepciones” o “limitaciones” al derecho de reproducción³. En concreto, en el art. 5.2.b), se admite el caso de “reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”.

8. La Directiva concede un elevado grado de libertad a los Estados miembros a la hora de llevar a cabo la transposición de determinados elementos⁴. Con base en el art. 5.2 de la Directiva, el art. 42b –en la versión aplicable al caso– de la Ley austriaca sobre derechos de autor (*Urheberrechtsgesetz*, en adelante “UrhG”), establece que el autor tendrá derecho a una compensación equitativa por la reproducción de su obra cuando se den las circunstancias que en el mismo se indican⁵.

9. En el art. 42b) UrhG, cabe observar los siguientes elementos:

- ha tratarse de obras emitidas por radiodifusión, puestas a disposición del público o fijadas en soporte de imagen o sonido con fines comerciales (art. 42b.1 UrhG),
- ha de tratarse de obras de reproducción previsible mediante fijación en soporte de imagen o sonido (art. 42b.1 UrhG),
- el uso de la reproducción ha de ser personal o privado (art. 42b.1 UrhG),
- el autor tendrá derecho a una compensación equitativa si se ponen en circulación, en territorio austriaco, soportes de grabación a título oneroso y con fines comerciales (art. 42b.1 UrhG),
- se entienden por “soportes de grabación”, los soportes vírgenes de imagen o sonido apropiados para la reproducción, incluyendo otros soportes de imagen o sonido a ello destinados (art. 42b.1 UrhG),
- están obligados al pago de la compensación equitativa, en el caso de soportes vírgenes y dispositivos, aquéllos que los pongan en circulación por primera vez a título oneroso y con fines comerciales, ya sea porque la puesta en circulación se haga desde Austria o bien desde un país extranjero (art. 42b.3 UrhG), y
- quienes pueden invocar el derecho a la compensación equitativa son las sociedades de gestión colectiva (art. 42b.5 UrhG).

10. Como se puede observar, el Derecho austriaco establece una excepción al derecho de reproducción, para el caso de que se realicen copias destinadas a un uso privado, por parte de usuarios finales residentes en Austria⁶. Dicha excepción ha de ir acompañada, en virtud de la Directiva 2001/29, de una compensación en favor de los titulares del derecho de reproducción exclusivo⁷. La concreción del régimen de dicha compensación corresponde a los Estados miembros⁸.

11. En el caso de Austria, como se ha visto, están obligados al pago de la compensación quienes ponen en circulación por primera vez en tal país los soportes y dispositivos a título oneroso y con fines comerciales (art. 42b.3 UrhG).

³ Sobre el art. 5.2, vid., entre otros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Nuevas especificaciones sobre el canon de copia privada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.6, 2013, BIB 2013\1558.

⁴ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Protección de los derechos sobre bienes inmateriales ofertados en internet”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, Vol. 6, núm. 1, 2014, p. 385.

⁵ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartados 7 y 8.

⁶ *Ibidem*, Apartados 17 y 20; que remiten, entre otras, a la STJUE de 11 de julio de 2013, asunto C-521/11, *Amazon.com International Sales Inc.*, ECLI:EU:C:2013:515, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499360931886&uri=CELEX:62011CJ052>, Apartados 32 y 57 a 59. Sobre esta Sentencia, vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Nuevas especificaciones sobre el canon de copia privada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, num.6, BIB 2013\1558.

⁷ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartado 17; que remite a la STJUE de 5 de marzo de 2015, asunto C-463/12, *Copydan*, ECLI:EU:C:2015:144, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499361394860&uri=CELEX:62012CJ0463>, Apartado 19.

⁸ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartado 18.

En realidad, el obligado al pago, es decir, quien tendría que reparar el perjuicio que se le causa al titular del derecho de reproducción exclusivo, sería quien ha reproducido la obra protegida para su uso privado sin autorización de tal titular⁹. Ahora bien, el TJUE ha venido admitiendo en pronunciamientos previos, que los Estados miembros pueden establecer un “canon por copia privada” a cargo de quienes disponen de equipos, aparatos y soportes y los ponen a disposición de los particulares o les prestan un servicio de reproducción, debido a la dificultad que entraña la identificación de los usuarios privados¹⁰. A ello se añade que, como se puede repercutir el importe del canon en el precio de los equipos, aparatos y soportes, o en el precio del servicio de reproducción, es el usuario privado quien soporta la carga del canon¹¹.

12. Por lo que respecta a quién puede invocar el derecho a la compensación equitativa, el Derecho de Austria determina que son las sociedades de gestión colectiva y no los titulares del derecho exclusivo de reproducción¹².

2. Materia contractual *versus* materia delictual o cuasidelictual

13. Como se ha indicado con anterioridad, la cuestión prejudicial se refiere a si reclamaciones como las del caso objeto de análisis, se incluyen o no en el ámbito de aplicación del entonces aplicable art. 5.3 del Reglamento 44/2001. Ni el art. 5.3 R 44/2001 ni el actual art. 7.2 R 1215/2012, definen estos conceptos¹³.

14. El foro del art. 5.3 R 44/2001, que pretende ser empleado por Austro-Mechana, permite que el demandado domiciliado en un Estado miembro sea demandado en otro Estado miembro, en concreto: “En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”. Este foro del art. 5.3 R 44/2001 hace preciso que la demanda verse sobre “materia delictual o cuasidelictual”, lo que viene siendo interpretado por el TJUE como aquella demanda en la que se exige la responsabilidad del demandado y que no está relacionada con la “materia contractual”¹⁴. Así, se emplea por el TJUE un “concepto amplio y residual o negativo”¹⁵.

15. Para determinar si la obligación de pagar la compensación por “copia privada” pertenece a la materia contractual, es preciso comprobar si se trata de un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra¹⁶.

⁹ *Ibidem*, Apartado 21.

¹⁰ *Ibidem*, Apartado 21 que remite, entre otras, a la STJUE de 11 de julio de 2013, asunto C-521/11, *Amazon.com International Sales Inc.*, ECLI:EU:C:2013:515, Apartado 24.

¹¹ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartados 22 y 25; que remiten de nuevo, entre otras, a la STJUE de 11 de julio de 2013, asunto C521/11, *Amazon.com International Sales Inc.*, ECLI:EU:C:2013:515, Apartado 25.

¹² STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartado 26.

¹³ Vid. M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 320.

¹⁴ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartado 32; que remite, entre otras, a la STJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499362168930&uri=CELEX:62013CJ0375>, apartado 44. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, Comares, 2008, p. 12; P. MANKOWSKI, “Chapter II: Jurisdiction. Article 7”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, Köln, Sellier European Law Publishers, 2016, p. 268.

¹⁵ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 1289.

¹⁶ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartado 35; que remite, entre otras, a la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-419/11, *Česká spořitelna*, ECLI:EU:C:2013:165, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499362391373&uri=CELEX:62011CJ0419>, apartado 46. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, Comares, 2008, p. 12.

16. En este caso, como ya se ha indicado, las partes son Austro-Mechana y Amazon. No cabe considerar que Amazon haya asumido libremente el compromiso de pagar la compensación equitativa por copia privada, dado que resulta obligado al pago de la misma por así establecerlo el art. 42b) UrhG, al poner en circulación soportes de grabación a título oneroso y con fines comerciales en Austria. Por lo tanto, no se trata de una “materia contractual”¹⁷.

Al no estar incluida en el concepto de “materia contractual”, entonces la obligación de pago de la compensación equitativa por copia privada ha de ser considerada una “materia delictual o cuasidelictual”¹⁸.

3. La responsabilidad delictual o cuasidelictual

17. Para que pueda exigirse a Amazon, como demandada, una responsabilidad delictual o cuasidelictual en el ámbito del art. 5.3 R 44/2001, es preciso que se le pueda imputar un “hecho dañoso”, como demandado¹⁹.

18. En este caso, considera el TJUE que el hecho dañoso es la infracción por parte de Amazon de la obligación de pago de la compensación equitativa que le impone el art. 42 UrhG, puesto que tal hecho origina un daño a Austro-Mechana²⁰.

19. Cabría plantearse si esta conclusión puede resultar afectada por uno de los siguientes datos²¹:

- Austro-Mechana es una sociedad de gestión colectiva y no es titular de los derechos de reproducción exclusiva de las obras protegidas,
- Amazon no es un usuario final,
- Amazon no está cometiendo ningún acto ilícito al poner en circulación soportes de grabación, y
- la realización de copias para uso privado mediante los soportes de grabación se encuentra permitida por el Derecho austriaco.

20. Al respecto, el TJUE hace las siguientes consideraciones²²:

- conforme al Derecho austriaco, son las entidades de gestión colectiva las que pueden reclamar el pago de la compensación por copia privada, por lo que no cabe otorgar relevancia a la circunstancia de que la entidad no sea titular de los derechos de reproducción exclusiva,
 - en el Derecho austriaco, son quienes ponen en circulación los dispositivos de grabación en Austria, a título oneroso y con fines comerciales, los que resultan obligados al pago de la compensación por copia privada,
 - la puesta en circulación de tales soportes de grabación se encuentra permitida por el Derecho austriaco,
 - la realización de copias para uso privado mediante tales soportes de grabación se encuentra permitida por el Derecho austriaco, y
 - la realización de copias para uso privado mediante soportes de grabación se encuentra supe-
- ditada al pago de una compensación equitativa, según el Derecho austriaco.

¹⁷ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartado 38.

¹⁸ Vid. M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 321-324.

¹⁹ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartado 40.

²⁰ *Ibidem*, Apartados 42, 44 y 50.

²¹ *Ibidem*, Apartados 45 a 48.

²² *Ibidem*, Apartados 45 a 49.

21. En conclusión, la demanda está incluida en el ámbito de aplicación del art. 5.3 R 44/2001, dado que se exige responsabilidad a Amazon por haber incumplido la obligación de pagar la compensación por copia privada que le impone el Derecho austriaco²³.

22. Así, concluye el TJUE que “El artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo... debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en la «materia delictual o cuasidelictual», en el sentido del mencionado artículo 5, punto 3, una demanda para la condena al pago de una compensación debida en virtud de una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, que da aplicación al sistema de «compensación equitativa» contemplado en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE...”.

23. Por ello, el TJUE deja apuntado que, si fuera Austria el lugar de producción del hecho dañoso –cuestión que ha de verificar el tribunal competente–, serían los tribunales de dicho Estado los competentes para conocer, en virtud del art. 5.3 R 44/2001, de la demanda de Austro-Mechana contra Amazon²⁴.

IV. Valoración

24. Cabe tener presente que, si se verifica que es Austria el lugar de producción del hecho dañoso, el art. 5.3 R 44/2001 permite entonces litigar a una sociedad de gestión colectiva *austriaca*, ante tribunales *austriacos*, contra una empresa extranjera, a la que se le reclama haber incumplido la obligación de pago de la compensación equitativa prevista por el Derecho *austriaco*.

25. Así, se observa que el foro de ataque del art. 5.3 R 44/2001 tiene en este caso una especial relevancia para Austro-Mechana, ya que la alternativa (el foro de domicilio del demandado del entonces art. 2 R 44/2001), les obligaría a litigar en el Estado miembro del domicilio de Amazon.

26. Atendiendo a las circunstancias del caso, cabe apuntar que, con la activación del art. 5.3 R 44/2001 (si se considera que Austria es el lugar de producción del hecho dañoso), se cumplirá la tradicional justificación del foro del art. 5.3, que lleva a considerar que el tribunal del lugar de producción del hecho dañoso suele ser el más adecuado para conocer del asunto, dado que se trata de un tribunal próximo al litigio y ante el que resulta más sencilla la práctica de la prueba²⁵.

Además, se cumple la que la doctrina considera una segunda justificación, que sería “la infundada, pero verdadera intención de incrementar las posibilidades del actor de litigar en el país de su domicilio”²⁶.

Así, como hemos apuntado, en virtud del art. 5.3, la sociedad de gestión colectiva austriaca litigaría ante tribunales austriacos.

²³ *Ibidem*, Apartado 50.

²⁴ *Ibidem*, Apartado 31, que cita, entre otras, la STJUE de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, apartado 27, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0228&rid=4>

²⁵ STJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016, asunto C-572/14, *Austro-Mechana*, Apartados 45 a 49. Vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, Comares, 2008, p. 14; C. M. GARCÍA MIRETE, “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de abril de 2016, asunto Austro-Mechana. La compensación equitativa por copia privada, ¿es una materia delictual o cuasidelictual a los efectos del artículo 5.3 Reglamento (UE) 1215/2012?”, *Ars Iuris Salmanticensis. AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, vol. 4, núm. 2, 2016, p. 253; P. MANKOWSKI, “Chapter II: Jurisdiction. Article 7”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, Köln, Sellier European Law Publishers, 2016, p. 281. Sobre el principio de proximidad razonable, vid. N. GOÑI URRIZA, “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001: nota a la STJCE de 16 de julio de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 293.

²⁶ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Protección de los derechos sobre bienes inmateriales ofertados en internet”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, Vol. 6, núm. 1, 2014, p. 384. Vid. también I. LORENTE MARTÍNEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en internet”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 282-283.

DIVORCIO PRIVADO DICTADO POR UN TRIBUNAL
RELIGIOSO DE UN TERCER ESTADO: ASUNTO C-281/15
SOHA SAHYOUNI Y RAJA MAMISCH

PRIVATE DIVORCE PRONOUNCED BY A RELIGIOUS
COURT IN A THIRD COUNTRY: CASE C-281/15,
SOHA SAHYOUNI V RAJA MAMISCH

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

Profesora titular interina de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
orcid ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 13.07.2017 / Aceptado: 16.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3891>

Resumen: Este trabajo se refiere al Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, relativo al reconocimiento de un divorcio privado pronunciado por un tribunal religioso sirio y a la interpretación del *Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.*

Palabras clave: divorcio privado, reconocimiento, Reglamento 1259/2010.

Abstract: This article deals with the Order of the Court (First Chamber) of 12 May 2016, related to the recognition of a private divorce pronounced by a religious court in Syria and the interpretation of *Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.*

Keywords: private divorce, recognition, Regulation (EU) No 1259/2010.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. La cuestión prejudicial. 1. El ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010. 2. El ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003. 3. La remisión de un Derecho nacional al contenido de una disposición de la Unión Europea. IV. Valoración.

I. Introducción

1. El presente trabajo analiza el Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, relativo a la solicitud de reconocimiento en Alemania de una resolución de divorcio de un tribunal religioso sirio¹. La cuestión prejudicial planteada se refiere a la interpretación del *Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial* (en adelante, R 1259/2010)².

¹ Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*, ECLI:EU:C:2016:343, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499791237695&uri=CELEX:62015CO0281>

² *DOUE* núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010, pp. 10-16, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2010/1259/oj>.

II. Hechos

2. El Sr. Mamisch, nacional sirio (desde su nacimiento) y alemán (por naturalización), contrajo matrimonio con la Sra. Sahyouni, nacional siria (desde su nacimiento) y alemana (por matrimonio). El matrimonio se celebró en Siria en el año 1999, en la circunscripción del Tribunal Islámico de Homs. El matrimonio fijó su residencia habitual en Alemania.

3. En el año 2003, el matrimonio trasladó su residencia habitual a Siria. Al estallar la guerra en Siria, el matrimonio pasó por varios países (Alemania, Kuwait, Líbano y, de nuevo, Siria).

4. El 20 mayo de 2013, fruto de la solicitud del Sr. Mamisch, que actuó a través de un representante, un tribunal religioso sirio (Tribunal de la sharía de Latakia), declaró el divorcio.

5. El Sr. Mamisch solicitó el reconocimiento de la resolución siria de divorcio en Alemania, el 30 de octubre de 2013. El reconocimiento fue concedido por el Presidente del Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Munich (*Oberlandesgericht München*).

6. La Sra. Sahyouni solicitó la anulación del reconocimiento el 18 de febrero de 2014, al considerar que no se cumplían los requisitos para tal reconocimiento. Esta solicitud fue desestimada mediante una resolución de la misma autoridad.

III. La cuestión prejudicial

7. El Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Munich (*Oberlandesgericht München*), plantea una serie de cuestiones al TJUE, siendo la primera de ellas si el R 1259/2010 resulta aplicable a un divorcio privado que, en este caso, ha sido declarado por un tribunal religioso sirio³.

El resto de cuestiones se encuentran encadenadas. Así, en caso de que sí resulte aplicable el R 1259/2010, se pregunta si ha de aplicarse su art. 10; y, en tal supuesto, si ha de realizarse una valoración en abstracto del Derecho sirio –a los efectos de determinar si es discriminatorio con carácter general–, o si ha de verificarse que resulta discriminatorio en el caso concreto, resultando relevante al respecto el haber consentido recibir una compensación.

8. Cabe distinguir los siguientes elementos en esta resolución del TJUE:

- a) El ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010.
- b) El ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003.
- c) La remisión de un Derecho nacional al contenido de una disposición de la Unión Europea.

1. El ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010

9. El divorcio del Sr. Mamisch y la Sra. Sahyouni fue declarado por un tribunal religioso sirio, según hemos indicado, el 20 de mayo de 2013. Por ello, el Sr. Mamisch solicitó a los tribunales alemanes que la resolución siria desplegara efectos en Alemania.

10. En la resolución del tribunal alemán en la que se desestimó la solicitud de anulación presentada por la Sra. Sahyouni, se especificó que era aplicable al reconocimiento el Reglamento 1259/2010.

³ Tal como apunta la doctrina, que la cuestión prejudicial haya sido remitida por el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Munich parece deberse a que la Sra. Sahyouni recurrió de nuevo la resolución del Presidente (vid. M. A. GANDÍA SELLENS / C. ZIMMER, “Reconocimiento y divorcios privados – Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 4, 2016, p. 39).

En la resolución del tribunal alemán, se señaló lo siguiente:

- el R 1259/2010 cubre los divorcios privados,
- en virtud del art. 8c) R 1259/2012, la Ley aplicable al divorcio es la Ley nacional común de los cónyuges,
- al tener doble nacionalidad, ha de atenderse a la nacionalidad efectiva,
- en la fecha del divorcio, la nacionalidad efectiva de ambos era la nacionalidad siria, y
- el orden público internacional al que se refiere el art. 12 R 1259/2010 no impide el reconocimiento de la resolución de divorcio siria.

11. La primera cuestión a la que se hace alusión en el Auto del TJUE es, por ello, si el caso resulta cubierto por el ámbito de aplicación del R 1259/2010.

12. EL R 1259/2010 se aplica por los tribunales de los Estados miembros, por lo que sí se cumple su ámbito de aplicación espacial, al tratarse de un tribunal alemán⁴.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal, el R 1259/2010 se aplica con carácter general desde el 21 de junio de 2012, siendo la solicitud del Sr. Mamisch de 30 de octubre de 2013⁵. Ahora bien, como se verá a continuación, lo presentado por el Sr. Mamisch ante los tribunales alemanes, no es una demanda de divorcio, sino una solicitud de reconocimiento.

Con respecto al ámbito de aplicación personal, el R 1259/2010 es *erga omnes*, de tal forma que no resulta relevante, a la hora de determinar si es aplicable, que una de las nacionalidades ostentadas por el Sr. Mamisch y la Sra. Sahyouni sea la nacionalidad siria; o que hayan residido durante un tiempo en Siria, Líbano o Kuwait⁶.

13. El problema se refiere al ámbito de aplicación material ya que, en su art. 1.1, el R 1259/2010 señala que “El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial”. Así, el ámbito de aplicación material del R 1259/2010 se refiere a la determinación de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁷. Al respecto, el art. 8, al que hace alusión la resolución alemana, determina que, no existiendo una elección de Ley válida aplicable al divorcio (en virtud del art. 5), “el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda”. Es decir, el art. 8 indica a los tribunales de los Estados miembros qué *Ley aplicar al divorcio* en defecto de elección.

Ahora bien, el Sr. Mamisch no acude a los tribunales alemanes para que éstos le concedan el divorcio, sino que solicita que se dé efectos a una resolución extranjera –siria– de divorcio. Así, señala el TJUE que no cabe aplicar el R 1259/2010, dado que éste no regula el reconocimiento de una resolución de divorcio que ya ha sido dictada⁸.

14. Ello lleva al TJUE a analizar qué norma rige el reconocimiento en los Estados miembros de una resolución de divorcio.

2. El ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003

15. El Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial

⁴ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 266.

⁵ *Ibidem*, p. 267.

⁶ *Ibidem*, pp. 267-268.

⁷ Vid. P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 91-92.

⁸ Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*, Apartado 19.

y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (en adelante, R 2201/2003), sí que regula el reconocimiento de resoluciones relativas a crisis matrimoniales⁹. Como hemos señalado con anterioridad, el Sr. Mamisch solicita el reconocimiento en Alemania de una resolución de divorcio.

La resolución cuyo reconocimiento se pretende fue dictada el 20 de mayo de 2013 y, por lo tanto, después de la fecha de aplicación del R 2201/2003¹⁰.

16. El problema en este caso surge porque, según se indica en su art. 2.4, se considera *resolución judicial*: “las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto”¹¹.

Como se ha indicado, el Sr. Mamisch acude a los tribunales alemanes para que éstos concedan el reconocimiento de una resolución siria de divorcio, es decir, de una resolución dictada por un tercer Estado, por lo que el R 2201/2003 tampoco es aplicable al caso¹². Del mismo modo, el art. 21.1, que se refiere específicamente al reconocimiento de resoluciones en materia de crisis matrimoniales, establece que “Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”¹³.

17. Por sí sola, la circunstancia de que la resolución de divorcio proceda de un tercer Estado (Siria), ya impide la aplicación del R 2201/2003, que solo resulta aplicable cuando son Estados miembros tanto el país del que procede la resolución como aquél en el que se solicita su reconocimiento¹⁴. Además, cabe tener presente otras circunstancias que podrían impedir en este caso la aplicación de dicho Reglamento:

- el tipo de autoridad que concedió el divorcio, que es una *autoridad religiosa* siria;
- el tipo de divorcio, ya que, según la resolución inicial de concesión del reconocimiento por parte del Presidente del Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Munich, se trata de un *divorcio privado*. Si ello fuera así, sería preciso valorar si ha intervenido una autoridad pública extranjera –y, en tal caso, si ésta ha “acordado” el divorcio o se ha limitado a dar fe de la voluntad de los cónyuges–; o si el divorcio ha tenido lugar sin intervención de autoridad pública –“divorcio privado puro pactado por las partes”¹⁵; y
- la posible vulneración del orden público internacional del foro, en caso de que haya sido *discriminatorio y unilateral*¹⁶.

⁹ DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 de diciembre de 2004 (DOCE núm. L 367, de 14 diciembre 2004); versión consolidada disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/2201/oj>, y *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)*, COM/2016/0411 final - 2016/0190 (CNS), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0411&qid=1474884940372&from=ES> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, pp. 230-232; COMISIÓN EUROPEA, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Bélgica, Unión Europea, 2014, p. 9.

¹⁰ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 336.

¹¹ Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*, Apartado 21.

¹² *Ibidem*, Apartados 20 y 21.

¹³ Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*, Apartado 21; COMISIÓN EUROPEA, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Bélgica, Unión Europea, 2014, p. 15.

¹⁴ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 336.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 343-344.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 342-343; C. CAMPIGLIO, “Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, vol. 4, núm. 2, 2012, en especial, pp. 20-21.

3. La remisión de un Derecho nacional al contenido de una disposición de la Unión Europea

18. En virtud de lo expuesto, no resulta incluido el caso ni el ámbito de aplicación del R 1259/2010 ni en el del R 2201/2003¹⁷.

Por ello, el TJUE plantea una última posibilidad para poder responder a las cuestiones planteadas, que sería el caso de que un Derecho nacional –en este caso, el Derecho alemán– remitiese a las normas de la Unión Europea –en este caso, al R 2201/2003– para resolver un caso como el planteado¹⁸. Si así fuera, tal como se explica en el caso *Nolan* (relativo a un caso de despido colectivo del personal de una base militar), aunque el caso estuviera excluido del ámbito de aplicación de las normas de la Unión Europea, ésta tendría un interés manifiesto en dar una interpretación uniforme¹⁹. Para ello, sería preciso comprobar que existe una remisión del Derecho nacional al Derecho de la Unión Europea suficientemente precisa²⁰.

19. Como en la resolución remitida al TJUE por el tribunal alemán no constan datos que acrediten la mencionada remisión del Derecho nacional al Derecho de la Unión, el TJUE señala que carece de competencia para dar una respuesta a la cuestión prejudicial²¹.

IV. Valoración

20. En la respuesta del TJUE se observan tres conclusiones:

- no es aplicable el R 1259/2010 al reconocimiento de resoluciones en materia de crisis matrimoniales,
- no es aplicable el R 2201/2003 al reconocimiento de una resolución dictada por un tercer Estado (Siria); y
- el TJUE carece de competencia para resolver la cuestión prejudicial, salvo si, para este caso, el Derecho nacional (alemán) remitiese a normas de la Unión Europea.

21. Precisamente, esto último es lo que explicaría la cuestión prejudicial planteada. Este divorcio declarado por la autoridad religiosa siria, pertenece a la categoría de divorcio en el que la autoridad extranjera se limita a dar fe de la voluntad de la/s parte/s²².

Parte de la doctrina apunta que los tribunales alemanes, ante un divorcio de este tipo, tienen que comprobar, para valorar si puede desplegar efectos en Alemania, si se respetaron los requisitos que determina la Ley aplicable a dicho divorcio²³. Y, para ello, señalan que los tribunales alemanes determinan dicha Ley en virtud de su Derecho internacional privado²⁴. Esta circunstancia es la que explicaría que la cuestión prejudicial se refiriese a la interpretación del R 1259/2010²⁵.

22. Por lo tanto, en caso de que existiera una remisión del Derecho nacional a las normas de la Unión Europea para resolver este caso, sí procedería una respuesta del TJUE. De hecho, el propio el TJUE recuerda en el apartado 32 del Auto, que el tribunal alemán puede plantear una nueva

¹⁷ Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*, Apartado 23.

¹⁸ *Ibidem*, Apartado 26.

¹⁹ *Ibidem*, Apartado 26. Vid. STJUE (Sala Tercera) de 18 de octubre de 2012, asunto C-583/10, *United States of America contra Christine Nolan*, ECLI:EU:C:2012:638, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499865615521&uri=CELEX:62010CJ0583> Apartados 46 a 48.

²⁰ Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*, Apartado 27.

²¹ *Ibidem*, Apartados 30 y 31.

²² M. A. GANDÍA SELLENS / C. ZIMMER, “Reconocimiento y divorcios privados – Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni c. Mamisch*”, *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 4, 2016, p. 43.

²³ *Ibidem*, p. 43.

²⁴ *Ibidem*, p. 43.

²⁵ *Ibidem*, p. 43.

petición, aportando todos los elementos que le permitan dar una respuesta, petición que ya ha sido presentada²⁶.

23. Así que, la que en principio podría parecer una confusión relativa al ámbito de aplicación del R 1259/2010 y el R 2201/2003, puede esconder, en realidad, una pertinente cuestión prejudicial merecedora de un pronunciamiento del TJUE. Ahora bien, esta cuestión precisa ser planteada con todos los elementos que le permitan al TJUE apreciar que existe una remisión del Derecho alemán a las normas de la Unión Europea.

²⁶ Asunto C-372/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München (Alemania) el 6 de julio de 2016, *Soha Sahyouni/Raja Mamisch*, DOUE núm. C 343, de 19 de septiembre de 2016, pp. 33-34, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499876838465&uri=CELEX:62016CN0372>

ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y PROHIBICIÓN DE
CONTROL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL:
ASUNTO C-455/15 PPU, *P Y Q*

PUBLIC POLICY RULE AND PROHIBITION OF REVIEW
OF JURISDICTION OF THE COURT OF ORIGIN:
CASE C 455/15 PPU, *P V Q*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

Profesora titular interina de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
orcid ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 13.07.2017 / Aceptado: 16.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3892>

Resumen: Este artículo trata sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, relativa al orden público internacional como motivo de denegación del reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental y a la prohibición de control de la competencia judicial internacional del tribunal del Estado miembro de origen, en el ámbito del Reglamento 2201/2003.

Palabras clave: derecho de custodia, orden público internacional, *forum non conveniens*, sustracción internacional de menores.

Abstract: This article deals with the Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 19 November 2015, related to the public policy rule as a ground of non-recognition of judgments in matters of parental responsibility and to the prohibition of review of jurisdiction of the court of origin in the field of Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003.

Keywords: rights of custody, public policy rule, *forum non conveniens*, international child abduction.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. La cuestión prejudicial. 1. La cláusula de orden público internacional del art. 23a) R 2201/2003. 2. La prohibición de control de la competencia judicial internacional del art. 24 R 2201/2003. 3. El mecanismo del art. 11 R 2201/2003. IV. Valoración.

I. Introducción

1. En el presente trabajo se analiza la STJUE de 19 de noviembre de 2015, relativa al reconocimiento en Suecia de una resolución lituana de custodia de menores¹. En el caso, se plantea si cabe denegar el reconocimiento en virtud del motivo de orden público internacional del art. 23a) del *Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el*

¹ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, ECLI:EU:C:2015:763, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499442674797&uri=CELEX:62015CJ0455>

*reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (en adelante, R 2201/2003)*².

II. Hechos

2. El litigio en el marco del cual se plantea la cuestión prejudicial enfrenta a dos progenitores por el derecho de custodia de sus hijas, residiendo un progenitor en Suecia y el otro en Lituania.

La primera hija nació en el año 2000, estando sus progenitores casados, siendo otorgado el divorcio por los tribunales lituanos en el año 2003.

3. En el año 2005, la familia se trasladó a Suecia y allí, en 2009, nació la segunda hija. En el año 2013, la madre y las dos hijas abandonaron el domicilio familiar. La madre alegó que ella y las menores habían sido víctimas de delitos cometidos por el padre. Se llevó a cabo una investigación que resultó archivada pero se dictó una orden de alejamiento contra el padre.

4. El 29 de marzo de 2014, la madre se trasladó a Lituania con las dos hijas, cuyos titulares del derecho de custodia eran entonces los dos progenitores.

En abril de 2014, la madre presentó una demanda relativa al derecho de custodia de las dos hijas ante los tribunales lituanos, y el padre hizo lo mismo ante los tribunales suecos. En dicho mes, los tribunales lituanos fijaron en el domicilio de la madre la residencia de la menor nacida en el año 2009, con carácter provisional.

5. En junio de 2014, el padre presentó una solicitud de restitución de menores en virtud del Convenio de La Haya de 1980. La restitución fue denegada tanto en primera instancia como en apelación, en virtud del art. 13 del Convenio, en resoluciones dictadas, respectivamente, el 4 de septiembre y el 21 de octubre de 2014.

6. Mientras tanto, el 18 de octubre de 2014, los tribunales suecos dictaron una resolución en la que otorgaron el derecho de custodia provisional de la menor nacida en 2009, al padre de la misma.

7. El 18 de febrero de 2015, los tribunales lituanos fijaron la residencia habitual de la menor nacida en 2009 en el domicilio de la madre y el padre fue condenado al pago de una pensión alimenticia para las dos hijas.

8. Ante los tribunales suecos, el padre alegó que no debía reconocerse la resolución lituana, para que así los tribunales suecos pudieran seguir conociendo del asunto.

III. La cuestión prejudicial

9. El tribunal sueco plantea una cuestión prejudicial relativa al art. 23 del R 2201/2003. En concreto, el tribunal sueco consulta si, considerándose él competente para conocer de la demanda relativa al derecho de custodia, el art. 23a) permite que se deniegue el reconocimiento de la resolución lituana relativa a tal derecho de custodia.

² DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 de diciembre de 2004 (DOCE núm. L 367, de 14 diciembre 2004); versión consolidada disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/2201/oj>. Vid. *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)*, COM/2016/0411 final - 2016/0190 (CNS), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0411&qid=1474884940372&from=ES>

10. El art. 23 establece que “Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor”.

11. Con respecto al reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental, comienza recordando el TJUE que el reconocimiento en el ámbito del R 2201/2003 se basa en el principio de confianza mutua, de tal manera que los motivos de denegación han de ser objeto de una interpretación restrictiva³.

12. A continuación, se distinguen en la Sentencia tres aspectos fundamentales:

- a) la cláusula de orden público internacional del art. 23a) R 2201/2003,
- b) la prohibición de control de la competencia judicial internacional del art. 24 R 2201/2003, y
- c) el mecanismo del art. 11 R 2201/2003.

1. La cláusula de orden público internacional del art. 23a) R 2201/2003

13. A la hora de activar la cláusula del art. 23a) R 2201/2003, ha de tenerse presente que el TJUE no puede controlar el concepto de orden público internacional que opera en cada Estado miembro⁴. Ahora bien, señala el TJUE que lo que sí puede controlar son los límites a los que han de ajustarse los tribunales de los Estados miembros cuando se pretende no reconocer una sentencia de otro Estado miembro, con base en el mismo⁵.

14. La cláusula de orden público internacional como motivo para denegar el reconocimiento de una sentencia de otro Estado miembro se contempla también en otros Reglamentos de la Unión Europea, como el art. 45 del *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*, o el art. 40 del *Reglamento (UE) núm. 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*⁶.

En el ámbito del R 2201/2003, el TJUE destaca que dicha cláusula exige la toma en consideración del interés superior del menor⁷.

15. En concreto, el TJUE considera que la activación de esta cláusula ha de reservarse para “el caso de que, habida cuenta del interés superior del menor, el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro vulnerara de manera inaceptable el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental”⁸. Además, para que su activación sea compatible con el art. 26 R 2201/2003, que determina que “La resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión

³ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, Apartados 35 y 36. Vid. Considerando vigésimo primero del R 2201/2003: “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario”.

⁴ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, Apartado 37.

⁵ *Ibidem*, Apartado 37, que remite a la STJUE (Sala Primera) de 16 de julio de 2015, asunto C-681/13, *Diageo Brands BV contra Simiramida-04 EOOD*, ECLI:EU:C:2015:471, apartado 42, relativa al orden público internacional del art. 34 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*, *DOCE* núm. L 12, de 16 de enero de 2001, pp. 1-23, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2001/44/oj>

⁶ Vid. *DOUE* núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012, pp. 1-32, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj> y *DOUE* núm. L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/650/oj>

⁷ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, Apartado 38.

⁸ *Ibidem*, Apartado 39.

en cuanto al fondo”, es preciso que se produzca una violación manifiesta de una norma jurídica que en el Ordenamiento del foro se considere esencial o bien un derecho que en el Ordenamiento del foro sea fundamental; todo ello teniendo en cuenta el interés del menor⁹.

16. El TJUE no considera que se cumpla tal presupuesto en el caso objeto de la cuestión prejudicial, es decir, no aprecia que el reconocimiento de la resolución lituana vulnere el Ordenamiento sueco en el sentido mencionado¹⁰. La cuestión es que la norma cuya vulneración se alega por el progenitor que considera que el reconocimiento ha de ser rechazado, es el art. 15 del R 2201/2003, por lo que, a continuación, es preciso referirse a la prohibición del control de competencia judicial internacional.

2. La prohibición del control de la competencia judicial internacional del art. 24 R 2201/2003

17. El análisis del art. 24 R 2201/2003 es llevado a cabo por el TJUE por haber alegado el padre de las menores que el art. 23a) permite denegar el reconocimiento porque la competencia judicial internacional de los tribunales lituanos se basó en el art. 15 R 2201/2003.

18. El art. 15 R 2201/2003 contempla el denominado *forum non conveniens mediante codecisión*, que el TJUE define como “un mecanismo de cooperación que permite al órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del asunto en virtud de alguna de dichas normas proceder, excepcionalmente, a la remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto”¹¹.

El mecanismo del art. 15 –que tiene un carácter excepcional, tal como indica el precepto–, se encuentra previsto para casos en los que el tribunal competente para conocer del fondo del asunto, considerando, atendiendo al interés superior del menor, que otro tribunal con el que el menor tiene una vinculación especial, se encuentra mejor situado para conocer del asunto. En tales casos, el tribunal puede solicitar al otro tribunal –al que considera mejor situado– que se declare competente; o bien puede suspender el procedimiento e invitar a las partes a que acudan a ese otro tribunal mejor situado. Este tribunal dispone de seis semanas para declararse competente, de tal forma que, si asume la competencia, el tribunal que le remitió el asunto ha de inhibirse; o, en caso contrario, conservará su competencia el tribunal que le remitió el asunto. Por ello, se denomina a este mecanismo *forum non conveniens mediante codecisión*¹².

19. Como el art. 15 contempla un foro de competencia judicial internacional, ha de tenerse presente que el art. 24 R 2201/2003 impide el control de la competencia del tribunal del Estado miembro que ha dictado la sentencia cuyo reconocimiento se pretende. Ahora bien, el art. 24 finaliza indicando que “El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del artículo 22 y la letra a) del artículo 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14”.

20. Precisamente en el inciso final del art. 24, se basa una de las alegaciones del padre de las menores, que consiste en que, como el *forum non conveniens mediante codecisión* se encuentra previsto en

⁹ *Ibidem*, Apartado 39, que aplica por analogía las consideraciones de la STJUE (Sala Primera) de 16 de julio de 2015, asunto C-681/13, *Diageo Brands BV contra Simiramida-04 EOOD*, ECLI:EU:C:2015:471, apartado 44.

¹⁰ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, Apartado 40.

¹¹ *Ibidem*, Apartado 44. Sobre la figura del *forum non conveniens*, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. Con respecto a la diferencia entre *forum non conveniens* y *foro de necesidad*, vid. G. BIAGIONI, “Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 1, 2012, p. 29. Sobre el *forum non conveniens* en otros ámbitos, vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Accidentes aéreos y forum non conveniens. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 307-321; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 592-609; C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “Forum non conveniens” revisited: el caso Spanair”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 267-281.

¹² Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 497.

el art. 15 R 2201/2003 y no en los arts. 3 a 14 (a los que alude expresamente el art. 24), entonces podría sostenerse que sí se puede proceder a un control de la competencia judicial internacional del tribunal lituano por el empleo de este foro¹³.

21. El TJUE considera que, aunque el art. 24 no hace referencia al art. 15, un tribunal de un Estado miembro no puede basarse en una supuesta vulneración del dicho precepto para llevar a cabo un control de la competencia judicial internacional del Estado miembro de origen de la sentencia¹⁴. Así, ha de tenerse presente que el art. 15 se encuentra incluido, al igual que los arts. 8 a 14, en el Capítulo II del R 2201/2003, dedicado a “Competencia”¹⁵.

3. El mecanismo del art. 11 R 2201/2003

22. Como el progenitor que sostiene que ha de ser denegado el reconocimiento de la resolución lituana, alega, además, que con el reconocimiento se vulnerarían los principios que subyacen en el mecanismo del R 2201/2003 para el caso de sustracción de menores, el TJUE entra a valorar dicho mecanismo.

23. Como nos encontramos ante una resolución lituana dictada en materia de custodia de un menor y con carácter previo, se activó el Convenio de La Haya de 1980, cabe referirse al art. 11.8 R 2201/2003. Dicho precepto establece que “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”. Así, el mecanismo del art. 11.8 requiere, para su activación, las siguientes condiciones:

- A) Como presupuesto previo, es preciso que se haya dictado una resolución de no restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 y, a continuación:
- B) Que se haya dictado una resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor¹⁶. Esta segunda condición se desglosa, a su vez, en las siguientes¹⁷:
 - a) ser una resolución posterior a una resolución de no restitución;
 - b) llevar implícito el retorno del menor; y
 - c) ser certificada conforme al art. 42.2 R 2201/2003.

24. Por ello, el TJUE plantea que, en el supuesto de que en el caso se suscitase un problema relativo a una sustracción internacional del menor, entonces debería activarse el mecanismo del art. 11 R 2201/2003, y no la vía del reconocimiento del art. 23¹⁸. Así, conforme al art. 11.8, los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor previa a la sustracción, podrían -si se cumpliesen las condiciones del precepto- dictar una resolución posterior a la orden de no restitución, que llevase implícito el regreso del menor¹⁹.

¹³ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, Apartado 43.

¹⁴ *Ibidem*, Apartado 45. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 536.

¹⁵ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, Apartado 44.

¹⁶ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La supresión del exequátur en el Reglamento 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 64.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 75 y ss.

¹⁸ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, Apartado 51.

¹⁹ *Ibidem*, Apartados 51 y 52.

IV. Valoración

25. En este caso se plantea un fenómeno frecuente en el ámbito de los casos relativos a protección internacional de menores, como es el ejercicio de acciones ante tribunales de diferentes Estados miembros por parte de los progenitores del menor. Como ocurre en el caso, dichas acciones suelen referirse, por un lado, a la restitución inmediata que se encuentra prevista en el Convenio de La Haya de 1980 y, por otro, al derecho de custodia, que cada progenitor suele reclamar ante los tribunales del Estado del que es nacional²⁰. Ello acaba dando como resultado diversas resoluciones incompatibles en lo que respecta al derecho de custodia.

26. El TJUE pone de manifiesto que la solución no puede consistir en que un Estado miembro deniegue el reconocimiento de la resolución de otro Estado miembro en virtud de la excepción de orden público internacional, puesto que el art. 23a) R 2201/2003 ha de quedar reservado para los casos en que, teniendo en cuenta el interés del menor, exista una violación manifiesta de una norma jurídica esencial del Estado miembro del foro. Y ello, tal como indica el TJUE, no puede utilizarse para controlar la competencia judicial internacional de otro Estado miembro, ni siquiera en el caso del *forum non conveniens*.

27. Habiéndose activado el Convenio de La Haya de 1980, ya el art. 11.8 R 2201/2003 ofrece una solución, a la hora de determinar a qué Estado miembro le corresponde pronunciarse sobre el derecho de custodia. Pero, incluso, cabe remontarse en el caso al mes de junio de 2014, cuando uno de los progenitores activó el Convenio de La Haya de 1980. A partir de entonces, en virtud del art. 16 del Convenio, no tendrían que haber existido pronunciamientos de los tribunales de diferentes Estados miembros sobre el fondo del asunto, dado que el precepto determina que las autoridades “no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio”.

A continuación, cuando fue denegada la restitución, tendría que haberse activado el art. 11.8 R 2201/2003. Ahora bien, ello no significa que así los tribunales suecos conseguirían en cualquier caso que prevaleciese su sentencia sobre la resolución lituana que se pretende no reconocer, puesto que no ha de olvidarse, tal como indica el TJUE, que el mecanismo del art. 11.8 exige valorar los motivos que llevaron a los tribunales lituanos a denegar la restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980.

²⁰ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 545.

EL FORO DE CONSUMIDORES: COMENTARIOS A LA
SENTENCIA DEL TJUE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015,
RÜDIGER HOBOHM C. BENEDIKT KAMPIK LTD & CO. KG
Y OTROS, C-297/14

JURISDICTION IN RESPECT OF CONSUMER CONTRACTS:
COMMENTS TO THE CJEU JUDGEMENT OF 23RD DECEMBER
2015, RÜDIGER HOBOHM V. BENEDIKT KAMPIK LTD & CO.
KG AND OTHERS, C-297/14

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

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

Recibido: 15.07.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3893>

Resumen: La Sentencia del TJUE 23 diciembre 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14, recoge la interpretación del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001, en relación con el art. 16.1 de dicho instrumento, preceptos que contienen el foro de consumidores. Aunque el TJUE ha interpretado estos preceptos en variada jurisprudencia, la petición de decisión prejudicial se realiza para determinar si este foro puede operar en relación con un segundo contrato, cuando se trata de dos contratos referidos a distintos servicios y separados en el tiempo, pero con una cierta conexión, y de los cuales sólo el primero se ha celebrado directamente en el ámbito de las actividades que el profesional dirige hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor.

Palabras clave: Reglamento 44/2001, foro de consumidores, concepto de “actividad comercial o profesional dirigida”, concepto de “nexo estrecho”.

Abstract: The CJEU Judgement of 23rd December 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14, refers to the interpretation of art. 15.1.c) of Regulation 44/2001, read in conjunction with article 16.1 of that regulation, precepts that contain the jurisdiction in respect of consumer contracts. Although the CJEU has interpreted this precepts on several occasions, the request for a preliminary ruling involves a situation in which there are two contracts of different dates relating to different services, but they are, to a certain extent, connected. The Court must decide whether a consumer can bring an action against a professional in the courts of the consumer’s domicile in relation to a second contract which does not come directly within the scope of the activity which the contractual partner directs to the consumer’s Member State of residence.

Keywords: Regulation 44/2001, jurisdiction in respect of consumer contracts, concept of “commercial or professional activity directed”, concept of “close link”.

Sumario: : I. Introducción de la STJUE 23 diciembre 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14: 1. Hechos. 2. Cuestión prejudicial. II. Análisis de la STJUE 23 diciembre 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14: 1. Los requisitos para la aplicación del artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001 (art. 17.1.c) del Reglamento 1215/2012). 2. El concepto de “actividad dirigida”. 3. Los elementos constitutivos de “nexo estrecho”. III. Conclusiones.

I. Introducción de la STJUE 23 diciembre 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14¹

1. La STJUE 23 diciembre 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14, fue dictada como respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof -Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania-, en el marco de un litigio entre el Sr. Hobohm, con domicilio en Alemania, y Benedikt Kampik Ltd & Co. KG, el Sr. Kampik y Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien, S.L., con domicilio en España, en relación con la devolución de los importes entregados al Sr. Kampik por el Sr. Hobohm.

La cuestión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (DO núm. L 12, 16 enero 2001), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en relación con el artículo 16, apartado 1, de dicho Reglamento; que será denominado en adelante Reglamento 44/2001².

1. Hechos

2. Durante el año 2005 el Sr. Kampik, que desarrollaba su actividad profesional en España, intermedió entre el Sr. Hobohm y Kampik Immobilien KG para la adquisición de un apartamento en un complejo de vacaciones situado en Denia (Alicante), el cual sería construido por un promotor alemán. Se debe resaltar que dichos apartamentos de vacaciones se comercializaban, entre otros países, en Alemania, a través de un folleto publicitario redactado en alemán.

Como consecuencia del contrato de intermediación celebrado entre las partes arriba señaladas, el 17 de junio de 2006, el promotor del complejo de vacaciones, en calidad de vendedor, y el Sr. Hobohm y su esposa, en calidad de compradores, firmaron un contrato de compraventa del apartamento situado en Denia. Aunque el matrimonio Hobohm realizó el pago de los dos primeros plazos del precio de compra del apartamento por importe de 62490 euros, en el año 2008 el promotor atravesó dificultades financieras que obstaculizaban la terminación de la construcción del complejo de vacaciones.

3. Como consecuencia de los hechos relacionados, el Sr. Kampik ofreció entonces al Sr. Hobohm encargarse de conseguir la habitabilidad de la vivienda. Por esta razón el matrimonio Hobohm se desplazó a España y otorgó a favor del Sr. Kampik un poder notarial para la defensa de sus intereses en relación con el contrato de compraventa, es decir, que las partes celebraron un contrato de mandato.

El Sr. Hobohm extendió al Sr. Kampik un cheque al portador por importe de 27647 euros, en concepto de parte del tercer plazo del precio de compra del apartamento, que el Sr. Kampik ingresó en la cuenta de Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien, S.L. Pero además, en el año 2009, el Sr. Hobohm transfirió al Sr. Kampik un importe adicional de 1448,72 euros.

4. Tras una serie de desavenencias entre las partes del contrato de mandato relativas a la insolvencia del promotor, el matrimonio Hobohm revocó el poder otorgado a favor del Sr. Kampik. Y posteriormente, el Sr. Hobohm presentó demanda ante el Landgericht Stade -Tribunal Regional Civil y Penal de Stade, Alemania-, en cuya jurisdicción se encontraba su domicilio, para obtener la devolución de los importes realizados al Sr. Kampik.

Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional declaró la inadmisibilidad de la demanda, mediante resolución de 21 de septiembre de 2011, por considerar que carecía de competencia territorial.

¹ STJUE 23 diciembre 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:844).

² Desde el 10 de enero de 2015, el Reglamento 44/2001 ha sido sustituido por el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (DO núm. L 351, 20 diciembre 2012), relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En las referencias posteriores que se hagan en relación con dicho instrumento internacional, éste será denominado Reglamento 1215/2012.

5. El Sr. Hobohm presentó recurso de apelación ante el Oberlandesgericht Celle -Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Celle- contra la resolución antes mencionada, pero fue desestimado el 18 de julio de 2012. Dicho órgano jurisdiccional de apelación consideró inaplicable el artículo 15.1.c), del Reglamento 44/2001 y, por consiguiente, la competencia del foro del domicilio del Sr. Hobohm, por estimar que el contrato de mandato no podía relacionarse directamente con la actividad de intermediación inmobiliaria “dirigida” por el Sr. Kampik “a” Alemania, en el sentido de dicha disposición.

6. A continuación, el Sr. Hobohm decidió recurrir en casación ante el Bundesgerichtshof -Tribunal Supremo Civil y Penal- contra la resolución dictada en apelación. Dicho órgano jurisdiccional consideró que en concreto la actividad de intermediación inmobiliaria ejercida por el Sr. Kampik en España estaba “dirigida a” Alemania, en el sentido de dicha disposición, puesto que concurrían algunos de los indicios de las actividades “dirigidas al” Estado miembro del domicilio del consumidor que se detallan en la sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof*: a) el Sr. Kampik ofrecía sus servicios en Internet a través de un sitio registrado con un nombre de dominio de primer nivel “.com”, que estaba redactado en alemán; b) se indicaba en este sitio una dirección electrónica de contacto alojada en un servidor que utilizaba un nombre de dominio de primer nivel “.de”; c) para contactar con el servicio de gestión de la actividad profesional del Sr. Kampik debía utilizarse un número de teléfono de Berlín; y d) el Sr. Kampik empleaba para su actividad folletos redactados en alemán³. El contrato de intermediación cumplía, pues con los requisitos para la aplicación del artículo 15.1.c), del Reglamento 44/2001, al haberse celebrado en el ejercicio de la actividad del Sr. Kampik “dirigida al” Estado miembro del domicilio del Sr. Hobohm. Sin embargo, según el Bundesgerichtshof -Tribunal Supremo Civil y Penal-, si se analiza de forma separada el contrato de mandato en el que se basaban las pretensiones del Sr. Hobohm, éste no cumplía los requisitos para la aplicación de dicha disposición, puesto que no se enmarcaba dentro de tal actividad.

Por otro lado, el mencionado órgano jurisdiccional señaló que existía un nexo material decisivo entre la actividad de intermediación inmobiliaria “dirigida” por el Sr. Kampik “a” Alemania y la celebración del contrato de mandato. Fue precisamente esta actividad la que llevó a a la celebración por el matrimonio Hobohm, en los años 2005 y 2006, del contrato de intermediación y del contrato de compraventa. Pero si no existieran estos contratos, no se hubiera celebrado el contrato de mandato que fundamenta las pretensiones del Sr. Hobohm y que tenía como objetivo la resolución de los problemas de ejecución del contrato de compraventa. Según el Bundesgerichtshof -Tribunal Supremo Civil y Penal-, aun cuando las obligaciones de las partes en virtud del contrato de intermediación se cumplieron mediante la celebración del contrato de compraventa, no se consiguió el objetivo económico del contrato de intermediación, que no era otro que el matrimonio Hobohm tuviera el disfrute efectivo del apartamento conseguido gracias a la actividad de intermediación.

1. Cuestión prejudicial

7. Como consecuencia de los hechos relacionados, el Bundesgerichtshof –Tribunal Supremo Civil y Penal– decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Puede un consumidor, en virtud del artículo 15, apartado 1, letra c), segunda alternativa, en relación con el artículo 16, apartado 1, segunda alternativa, del Reglamento n° 44/2001 [...], interponer una demanda ante el tribunal del lugar de su domicilio contra la otra parte contratante, quien ejerce actividades comerciales o profesionales en otro Estado miembro de la Unión Europea, cuando, si bien el contrato en el que se fundamenta la demanda no está directamente comprendido en el ámbito de la actividad del socio contractual dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor, dicho contrato tiene

³ STJUE 7 diciembre 2010, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller*, C-585/08 y C-144/09, Rec. 2010, p. I-12527 (ECLI:EU:C:2010:740), apartados 83, 84, 93 y 94.

*por objeto conseguir el éxito económico perseguido con otro contrato celebrado anteriormente entre las partes y ya ejecutado, que sí está comprendido en el ámbito de aplicación de las disposiciones citadas?*⁴.

II. Análisis de la STJUE 23 diciembre 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14

8. La petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof plantea la posibilidad de acudir al foro de consumidores del Reglamento 44/2001 en una situación en la que, tras haberse concluido y ejecutado un contrato de intermediación para la adquisición de un inmueble en España —actividad que el profesional dirigía a Alemania a través de su publicidad—, se ha concluido un contrato de mandato para solucionar algunos problemas relacionados con el contrato de compraventa de dicho inmueble. En cuyo caso, tendrían que declararse competentes los tribunales alemanes, en virtud del art. 16.1 del Reglamento 44/2001, pues el domicilio del consumidor se encuentra en Alemania, ya que al ser considerada la parte débil en el contrato, éste tiene la posibilidad de litigar ante los tribunales de su domicilio, los tribunales alemanes, o ante los tribunales del domicilio de la otra parte contratante, los tribunales españoles⁵.

En principio, es preciso que para poder acudir al foro de consumidores en virtud del art. 16.1 del Reglamento 44/2001, el contrato de mandato tiene que cumplir con los requisitos establecidos en el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001⁶.

9. El Tribunal de Justicia ya ha interpretado los arts. 15.1.c) y 16.1 del Reglamento 44/2001 en varias ocasiones, concretamente en las sentencias *Pammer y Hotel Alpenhof, Mühlleitner, Emrek y Maletic*⁷.

La diferencia entre los asuntos citados y el que nos ocupa, es que mientras que en las sentencias citadas se trataba de un único contrato, el asunto objeto de análisis presenta la particularidad de que se trata de una situación en la que existen varios contratos referidos a distintos servicios y separados en el tiempo, pero con una cierta conexión. Concretamente, la jurisdicción nacional pregunta al Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de que un consumidor interponga ante el tribunal del lugar de su domicilio una demanda contra un profesional en relación con un contrato que no está directamente comprendido en el marco de la actividad que el profesional dirige al Estado miembro de residencia del consumidor, pero que tiene como finalidad conseguir el éxito económico de un contrato celebrado con anterioridad por las partes, cuando este contrato sí se enmarca dentro del ámbito de dicha actividad.

Tal y como se recoge en las Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, el problema se centra pues en la cuestión de si los requisitos enunciados por el artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001, pueden considerarse cumplidos a través de la relación entre dos contratos celebrados sucesivamente con un consumidor, que presentan entre ambos un fuerte vínculo —tal y como ha quedado de manifiesto al detallarse los hechos—, pero de los cuales sólo el primero se ha celebrado directamente en el ámbito de las actividades que dicho profesional dirige por medio de publicidad hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor⁸.

⁴ Vid. STJUE 23 diciembre 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:844), apartado 21.

⁵ Vid. Considerandos (11), (12) y (13) del Reglamento 44/2001.

⁶ Se señala en principio porque como se verá en el fallo de esta sentencia, aunque el contrato de mandato no cumple de forma directa las condiciones del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001, sí se va a poder acudir al foro del domicilio del consumidor en virtud del art. 16.1 del Reglamento 44/2001, siempre que el contrato de mandato satisfaga “indirectamente” las condiciones del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001. A lo largo del presente artículo, se irá concretando lo que debe entenderse por “indirectamente”, a la hora de determinar si el contrato de mandato cumple con los requisitos del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001.

⁷ STJUE 7 diciembre 2010, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller*, C-585/08 y C-144/09, Rec. 2010, p. I-12527 (ECLI:EU:C:2010:740); STJUE 6 septiembre 2012, *Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi*, C-190/11 (ECLI:EU:C:2012:542); STJUE 17 octubre 2013, *Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic*, C-218/12 (ECLI:EU:C:2013:666); STJUE 14 noviembre 2013, *Armin Maletic y Marianne Maletic c. lastminute.com GmbH y TUI Österreich GmbH*, C-478/12 (ECLI:EU:C:2013:735).

⁸ Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, presentadas el 8 de septiembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:556), apartado 4.

1. Los requisitos para la aplicación del artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001 (art. 17.1.c) del Reglamento 1215/2012)

10. Como ya se ha dicho el Tribunal de Justicia ha interpretado el art. 15.1 del Reglamento 44/2001 en varias ocasiones, señalando que éste es aplicable cuando se cumplen cumulativamente tres requisitos: en primer lugar, que una de las partes en el contrato tenga la condición de consumidor, de manera que actúe en un contexto totalmente diferente al de su actividad profesional; en segundo lugar, que se haya celebrado realmente el contrato entre dicho consumidor y el profesional: y, en tercer lugar, que el contrato pertenezca a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a), b) y c), del artículo 15⁹.

11. De la resolución del Bundesgerichtshof se puede deducir que el primer requisito se cumple ya que el Sr. Hobohm y su esposa actuaron como consumidores finales privados, de hecho este aspecto no es objeto de discusión en el asunto que se plantea¹⁰.

También en la citada resolución se pone de manifiesto que la otra parte contratante por el contrario, actuaba en el ejercicio de sus actividades profesionales. Aunque el Reglamento 44/2001 no contiene esta exigencia, el TJUE estima que sólo hay contrato de consumo si el otro contratante es un profesional y no una persona que opera a título particular¹¹. En opinión de la doctrina esta interpretación presenta la ventaja de que el Reglamento 44/2001 va en la misma línea que el Reglamento que regula la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Reglamento Roma I, el cual en su art. 6.1, exige de modo expreso que para que sea considerado un contrato de consumo es obligatorio que la otra parte sea un profesional¹².

12. En lo que respecta al segundo de los requisitos, tal y como se ha detallado en los hechos, hay constancia de que el matrimonio Hobohm y el Sr. Kampik celebraron el contrato de mandato en el año 2008¹³.

⁹ STJUE 14 marzo 2013, *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*, C-419/11 (ECLI:EU:C:2013:165), apartado 30; STJUE 28 enero 2015, *Harald Kolassa contra Barclays Bank plc.*, C-375/13 (ECLI:EU:C:2015:37), apartado 23.

¹⁰ STJUE 14 marzo 2013, *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*, C-419/11 (ECLI:EU:C:2013:165), apartado 32; STJUE 5 diciembre 2013, *Walter Vapenik c. Josef Thurner*, C-508/12 (ECLI:EU:C:2013:790), apartado 28. Para un análisis de la noción de consumidor en el ámbito del Reglamento 44/2001, puesto que se trata de un concepto autónomo, *Vid. H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4^a Edición, LGDJ, París, 2010, pp. 287-291; E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 8-10; P. ARNT NIELSEN, "Jurisdiction over consumer contracts", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI (dirs.), *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2^a Edición, Selp, Munich, 2012, pp. 374-376; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Operaciones internacionales de consumo", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2016, p. 1105.

¹¹ STJUE 28 enero 2015, *Harald Kolassa contra Barclays Bank plc.*, C-375/13 (ECLI:EU:C:2015:37), apartados 22-25. En este sentido *Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 10-11; P. ARNT NIELSEN, "Jurisdiction over consumer contracts", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI (dirs.), *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2^a Edición, Selp, Munich, 2012, pp. 376-377; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Operaciones internacionales de consumo", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2016, p. 1106.

¹² E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 10-11; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Operaciones internacionales de consumo", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2016, p. 1106. Se debe añadir que el Reglamento 1215/2012 ha introducido una importante novedad con respecto al Reglamento 44/2001, y es que para la aplicación de los foros de protección de consumidores no es necesario que el profesional demandado esté domiciliado en un Estado miembro (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Operaciones internacionales de consumo", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2016, p. 1106). De manera que en el asunto que nos ocupa, como el profesional demandado, el Sr. Kampik, está domiciliado en España, es de aplicación el Reglamento 44/2001 pues se cumple el ámbito de aplicación personal –demandado domiciliado en un Estado miembro–, salvo las excepciones que recoge el Reglamento 44/2001, como son los foros exclusivos o la sumisión tácita, en los que no se exige dicho requisito para la aplicación del Reglamento 44/2001. Pues bien, a partir de la entrada en vigor del Reglamento 1215/2012, aunque el profesional demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, sino en un tercer Estado, los foros de protección de consumidores que también contempla el Reglamento 1215/2012 sí que son de aplicación.

¹³ STJUE 14 marzo 2013, *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*, C-419/11 (ECLI:EU:C:2013:165), apartado 30; STJUE 28 enero 2015, *Harald Kolassa contra Barclays Bank plc.*, C-375/13 (ECLI:EU:C:2015:37), apartados 29-34.

13. En cuanto al tercer requisito, en virtud del artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001 es necesario que, para que el contrato de mandato pueda quedar comprendido en el ámbito de aplicación de dicha disposición, deben cumplirse dos condiciones. Es necesario, por un lado, que el profesional realice actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor (*Doing Business Rule*) o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último (*Stream-of-Commerce Rule/ Country-of-Destination Rule*); y, por otro lado, que el contrato de que se trate esté comprendido en el marco de dichas actividades¹⁴. Por lo tanto, los interrogantes planteados por el Bundesgerichtshof incumben a la parte de la disposición mencionada que se refiere al contrato celebrado en el marco de una actividad comercial o profesional “dirigida” por un profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor.

14. En el presente asunto, si bien el contrato de intermediación se hallaba comprendido en el marco de la actividad de intermediación inmobiliaria “dirigida a” Alemania por el Sr. Kampik, no sucedía lo mismo con el contrato de mandato, si es considerado de forma separada e independiente del contrato de intermediación, tal y como señala acertadamente en sus Conclusiones el Abogado General, Pedro Cruz Villalón¹⁵.

Sin embargo, el Bundesgerichtshof estima que entre el contrato de intermediación y el contrato de mandato existe un nexo que deriva de la identidad de su finalidad económica y que justifica que este último contrato quede también comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001, al igual que el contrato de intermediación.

Por lo tanto, en la sentencia objeto de estudio se procede a examinar, en virtud del artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001 y de los objetivos que se propone este mismo Reglamento, si la existencia de un nexo entre los contratos mencionados puede llevar a que se considere que el contrato de mandato se enmarca en la actividad “dirigida a” Alemania por el Sr. Kampik y, en caso de que así sea, cuál debe ser la naturaleza de tal nexo.

Para dar respuestas a estas interrogantes se va a estudiar en primer lugar, lo que se entiende por “actividad dirigida” y en segundo lugar, cuáles deben ser las cualidades del nexo entre los dos contratos, que permitan afirmar que el contrato de mandato se enmarca dentro de la “actividad dirigida” arriba señalada, cumpliendo así con los requisitos para que sea de aplicación el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001.

2. El concepto de “actividad dirigida”

15. El concepto de “actividad dirigida” no se encuentra definido en el Reglamento 44/2001, de manera que surgen problemas a la hora de determinar cuáles son las “actividades dirigidas a un país concreto”¹⁶. Sin embargo, las “actividades dirigidas” se verifican, al menos en dos supuestos: a) el profesional dirige *e-mails* publicitarios a potenciales consumidores radicados en otro Estado; b) el profesional utiliza ciertos *websites* mediante los cuales intenta penetrar en un mercado nacional concreto, captar clientes, hacer negocios, por ejemplo porque realiza publicidad e incita a la contratación a los sujetos en un país concreto¹⁷. Ahora bien, no todas las *websites* van a implicar necesariamente “actividades dirigidas”, sino que la *website* debe presentar carácter comercial, estar orientada hacia determinados Estados, así como los datos presentes en la *website* pueden permitir averiguar si el empresario desea conquistar el mercado de un país determinado, como que la *website* esté redactada en un determinado idioma que

¹⁴ STJUE 6 septiembre 2012, *Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi*, C-190/11 (ECLI:EU:C:2012:542), apartado 36.

¹⁵ Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, presentadas el 8 de septiembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:556), apartado 33.

¹⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, p. 128.

¹⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, p. 127; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2016, p. 1115.

sólo se habla en algunas zonas del planeta, que aparezca la moneda de pago exigida, que los teléfonos se reflejen con prefijos internacionales, etc¹⁸.

En este sentido, se sigue la tesis de la “focalización” en la que sólo es relevante la voluntad del profesional de dirigir sus actividades hacia el público de un determinado país y que dicha voluntad sea perceptible por el consumidor radicado en un concreto país¹⁹.

Si se analizan los hechos y teniendo en cuenta el concepto de “actividad dirigida” señalado se puede afirmar que ha existido una “actividad dirigida” hacia Alemania por parte del Sr. Kampik, en relación con el contrato de intermediación, pero no se puede afirmar lo mismo en lo referente al contrato de mandato. En cualquier caso, debe ser el órgano jurisdiccional nacional quien debe efectuar una apreciación global de las circunstancias en las que fue celebrado el contrato de consumo controvertido en el litigio principal para decidir si, en función de la existencia o no de indicios que figuren o no en la lista no exhaustiva según la jurisprudencia, es aplicable el artículo 15.1.c), del Reglamento 44/2001²⁰.

16. Ahora bien en el caso que nos ocupa, ¿cuál debe ser la línea interpretativa a seguir de dicho concepto en relación con el contrato de mandato?, es decir, ¿se debe realizar una interpretación amplia o bien, una interpretación estricta del mismo, para poder determinar si el contrato de mandato señalado cumple los requisitos del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001, aunque no se halle comprendido en el ámbito de la “actividad dirigida” por ese profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, pero que presenta un nexo estrecho con el contrato de intermediación celebrado en el marco de dicha actividad?. Tal y como se recoge en la sentencia, el TJUE en distinta jurisprudencia ha señalado la necesidad de interpretar de forma autónoma los conceptos utilizados por el Reglamento 44/2001, con referencia a su sistema y objetivos²¹. Como se desprende de los considerandos (11), (13) y (15) del Reglamento 44/2001, forman parte de estos objetivos, la previsibilidad de las reglas de competencia, la protección del consumidor y la reducción de la posibilidad de procedimientos paralelos, con el fin de evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones inconciliables²².

En cuanto a la protección del consumidor, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al régimen particular establecido por las disposiciones del Convenio de Bruselas, también aplicable con respecto a las disposiciones equivalentes del Reglamento 44/2001, se desprende que los preceptos señalados tienen como fin garantizar la adecuada protección del consumidor, en comparación con el profesional con quien contrata²³. Si se tiene en cuenta dicho objetivo, debe realizarse una interpretación amplia del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001.

¹⁸ Para un análisis de los datos presentes en la *website* para saber si un profesional desea conquistar un determinado mercado *Vid.* STJUE 7 diciembre 2010, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller*, C-585/08 y C-144/09, *Rec.* 2010, p. I-12527 (ECLI:EU:C:2010:740), apartados 73-80 y 93.

¹⁹ Tal y como explican U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, a través de una metáfora, el empresario que opera en Internet es un pescador (*angler*) que trata de pescar al consumidor (*the fish*) utilizando una caña de pescar (*fishing rod*). Es decir que lo importante es que el profesional toma la iniciativa comercial y comprobar si el consumidor le responde (H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4^a Edición, LGDJ, Paris, 2010, pp. 294-296; E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 128-131; P. ARNT NIELSEN, “Jurisdiction over consumer contracts”, en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI (dirs.), *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2^a Edición, Selp, Munich, 2012, pp. 379-383; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2016, pp. 1114-1116).

²⁰ *Vid.* STJUE 17 octubre 2013, *Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic*, C-218/12 (ECLI:EU:C:2013:666), apartado 31.

²¹ STJUE 7 diciembre 2010, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller*, C-585/08 y C-144/09, *Rec.* 2010, p. I-12527 (ECLI:EU:C:2010:740), apartado 55; STJUE 14 marzo 2013, *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*, C-419/11 (ECLI:EU:C:2013:165), apartado 25.

²² Sobre los objetivos de protección del consumidor y de reducción de la posibilidad de procedimientos paralelos *Vid.* STJUE 6 septiembre 2012, *Daniela Mühleitner c. Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi*, C-190/11 (ECLI:EU:C:2012:542), apartado 29; STJUE 14 noviembre 2013, *Armin Maletic y Marianne Maletic c. lastminute.com GmbH y TUI Österreich GmbH*, C-478/12 (ECLI:EU:C:2013:735), apartado 30.

²³ STJUE 14 marzo 2013, *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*, C-419/11 (ECLI:EU:C:2013:165), apartado 33; STJUE 28 enero 2015, *Harald Kolassa contra Barclays Bank plc.*, C-375/13 (ECLI:EU:C:2015:37), apartado 21.

No obstante, en la sentencia también se señala que el artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001 constituye una excepción tanto a la regla general de competencia señalada en el artículo 2.1 de dicho Reglamento, que atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, como a la regla de competencia especial en materia de contratos, contenida en el artículo 5.1 de dicho Reglamento, según la cual el tribunal competente es el del lugar en el que haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda²⁴. En este sentido, dicha disposición ha de ser obligatoriamente objeto de una interpretación estricta. Esta misma línea interpretativa resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la que se afirma que si bien el artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001 tiene por objeto proteger a los consumidores, esto no implica que esa protección sea absoluta²⁵.

17. Tras dicho análisis, en la sentencia que nos ocupa, se llega a la conclusión de que el artículo 15.1.c) de dicho Reglamento puede aplicarse a un contrato, como el contrato de mandato objeto del litigio principal, que presente un nexo estrecho con otro contrato, de las características del contrato de intermediación. Ahora bien, ¿cuáles son los elementos constitutivos del “nexo estrecho” entre los dos contratos?

3. Los elementos constitutivos de “nexo estrecho”

18. En cuanto a la posible presencia de elementos constitutivos de nexo estrecho antes señalado, consta en este caso, que a raíz de la insolvencia del promotor quedó frustrado “*el objetivo económico que subyacía al contrato de intermediación*”, que era poder comprar una casa en España, gracias a la actividad de intermediación inmobiliaria “dirigida” por el Sr. Kampik “al” Estado miembro del domicilio del matrimonio Hobohm. Precisamente para subsanar el incumplimiento de ese objetivo económico y procurar al matrimonio Hobohm, en su condición de consumidores, la prestación que era objeto de dicha actividad, el Sr. Kampik, les propuso la celebración de un contrato de mandato. La finalidad de este contrato era, pues, alcanzar “*el objetivo económico concreto que subyacía al contrato de intermediación*”²⁶.

Por lo anterior se señala en la sentencia que el contrato de mandato, aun cuando no se inscriba como tal en el ámbito de la actividad comercial o profesional dirigida, se celebró “*como prolongación directa de dicha actividad y es complementario del contrato de intermediación, dado que su finalidad es la satisfacción del objetivo económico que subyace a este último*”.

En consecuencia, aunque no existe interdependencia jurídica entre el contrato de intermediación y el contrato de mandato, el nexo económico existe. Este nexo reside en la “*satisfacción del objetivo económico que subyace al contrato de intermediación*”, que no era otro que garantizar el disfrute efectivo del apartamento cuya terminación peligraba por la insolvencia del promotor. Al no realizarse las obras de terminación pactadas entre las partes en virtud del contrato de mandato, el disfrute efectivo del apartamento no fue posible.

19. Además, en el fallo de la sentencia se añade que si existe un nexo estrecho entre el contrato de mandato y el contrato de intermediación, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta los elementos constitutivos de ese nexo, concretamente: “*la identidad fáctica o jurídica de las partes de los dos contratos, la identidad del objetivo económico que ambos contratos, orientados al mismo objeto concreto, se proponen conseguir y la complementariedad del contrato de mandato con respecto al contrato de intermediación, en la medida en que tiene por fin facilitar la satisfacción del objetivo económico subyacente a este último contrato*”. Por lo que, será el juez nacional quien deba valorar los elementos constitutivos del nexo estrecho entre ambos contratos.

20. Por último, en la sentencia se destaca que, en relación con la garantía de previsibilidad de las normas de competencia judicial del considerando (11) del Reglamento 44/2001, en el caso planteado, el

²⁴ STJUE 28 enero 2015, *Harald Kolassa contra Barclays Bank plc.*, C-375/13 (ECLI:EU:C:2015:37), apartado 28.

²⁵ STJUE 6 septiembre 2012, *Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi*, C-190/11 (ECLI:EU:C:2012:542), apartado 33.

²⁶ Siguiendo esta misma línea interpretativa *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2016, p. 1113.

foro del domicilio del consumidor sería competente para conocer de un litigio relativo a un contrato de intermediación que se enmarca en la actividad del profesional “dirigida al” Estado miembro del domicilio del consumidor. Si posteriormente este profesional celebra con el mismo consumidor un contrato para alcanzar el objetivo fundamental que se pretendía conseguir con el primer contrato, parece razonable que cuente con que ambos contratos queden sujetos al mismo sistema de competencia judicial.

III. Conclusiones

21. Una vez expuesto lo anterior, el fallo de la sentencia es a favor de la aplicación del artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001, en relación con el artículo 16.1 de dicho Reglamento, cuando se trate de un contrato, celebrado entre un consumidor y un profesional, que no se halla comprendido como tal en el ámbito de la actividad comercial o profesional “dirigida” por ese profesional «al» Estado miembro del domicilio del consumidor, pero que presenta un nexo estrecho con un contrato celebrado anteriormente entre las mismas partes en el marco de dicha actividad. Y será el órgano jurisdiccional nacional quien verifique si concurren los elementos constitutivos de ese nexo, en particular los que se han relacionado en el párrafo 19²⁷.

22. En mi opinión la sentencia es acertada tanto en el fallo como en los motivos en los que se fundamenta dicha sentencia. El nexo entre ambos contratos es determinante en el fallo a favor de la aplicación del foro de consumidores a ambos contratos²⁸. Si bien los problemas que puedan surgir serán en relación con los elementos constitutivos del nexo.

Efectivamente en el supuesto planteado, está bastante claro el nexo entre los dos contratos que deriva de que ambos tienen la misma finalidad económica, la adquisición de la vivienda o el uso y disfrute de la misma.

Sin embargo, en los litigios que surgan con posterioridad a esta sentencia, es posible que el nexo entre los contratos en cuestión no sea tan claro, ni manifiesto; y que el supuesto planteado presente ciertas particularidades, de forma que los elementos constitutivos del nexo entre ambos contratos sean distintos a los señalados en esta sentencia. En cuyo caso, habrá que realizar un análisis similar al presente, estudiando en primer lugar, si el profesional ha realizado “actividades dirigidas” hacia el consumidor y, en segundo lugar, cuáles son los elementos constitutivos del nexo estrecho entre los dos contratos. Y poder determinar si efectivamente son de aplicación los arts. 15.1.c) y 16.1 del Reglamento 44/2001.

Por último señalar, que en el párrafo final del fallo se elige a los tribunales nacionales como órganos encargados de comprobar que efectivamente se cumplen los elementos constitutivos de dicho nexo estrecho y que son exactamente: “*la identidad fáctica o jurídica de las partes de los dos contratos, la identidad del objetivo económico que ambos contratos, orientados al mismo objeto concreto, se proponen conseguir y la complementariedad del segundo contrato con respecto al primero, en la medida en que tiene por fin facilitar la satisfacción del objetivo económico subyacente a este último contrato*”²⁹. Me parece adecuado que sean precisamente los órganos jurisdiccionales nacionales los que pongan los medios para corroborar que se cumplen los elementos constitutivos del nexo estrecho, los cuales podrán comprobar *in situ* si se verifican o no.

²⁷ Si bien el Abogado General, Pedro Cruz Villalón, llega al mismo resultado en sus Conclusiones que el fallo de la sentencia de autos, la fundamentación es diferente. *Vid.* Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, presentadas el 8 de septiembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:556), apartado 56.

²⁸ Aunque no puedo estar de acuerdo con los argumentos señalados en las Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, que aunque aborda el tema de la relación causal entre ambos contratos, dicha vinculación es analizada como un indicio de la “actividad dirigida” (Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, presentadas el 8 de septiembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:556), apartados 39-45).

²⁹ Tampoco coincide este apartado final del fallo de la sentencia con el párrafo final de las Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, donde se señala de manera literal que: “*en el caso de que la jurisdicción nacional determine que ha existido una oferta por parte del profesional al consumidor, ha de considerarse que dicha oferta entra dentro de “cualquier medio” a través del cual un profesional puede dirigir su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor*”. Pero todo ello es debido a que el Sr. Kampik ofreció al demandante encargarse de la habitabilidad de la vivienda, lo cual no está en absoluto relacionado con el nexo estrecho de los contratos, que es el argumento fundamental para la aplicación del art. 15.1.c) y 16.1 del Reglamento 44/2001 (Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, presentadas el 8 de septiembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:556), apartados 47-56).

COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2016, SOBRE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES DE MADRID DE VARIOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO SOBRE AERONAVES

COMMENTS TO THE “RESOLUCIONES” OF THE DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO OF DECEMBER 20, 2016 ON THE ACCESS TO THE CHATTELS REGISTRY IN MADRID OF SEVERAL LEASING CONTRACTS FOR AIRCRAFTS

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

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

Recibido: 06.09.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3894>

Resumen: Las Resoluciones de la DGRN de 20 diciembre 2016, abordan la cuestión del acceso de tres contratos de arrendamiento financiero de aeronaves al Registro de Bienes Muebles. La DGRN examina toda la normativa aplicable al Registro de Bienes Muebles, especialmente el Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, pues uno de sus objetivos es la coordinación entre el Registro de Bienes Muebles y el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles. Sin embargo, este Real Decreto no soluciona totalmente los problemas que ya existían, con respecto a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de los contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves, pues siguen siendo de aplicación Leyes obsoletas, como es el caso del art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956.

Palabras clave: contratos de arrendamiento financiero, aeronaves civiles, Registro de Bienes Muebles, Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, Real Decreto 384/2015, Reglamento del Registro Mercantil de 1956.

Abstract: The “Resoluciones” of the Dirección General de los Registros y del Notariado of December 20, 2016 faces the question of the access to the Chattels Registry of three leasing contracts. The Spanish DGRN examines all the regulations applicable to the Chattels Registry, especially Spanish “Real Decreto 384/2015”, of 22 May, which approves the Regulation of registration of civil aircraft, as one of its objectives is coordination between the Chattels Registry y the Aircraft Registry. However, the “Real Decreto 384/2015” doesn’t completely solve the problems that already existed, with respect to the registration of leasing of aircraft in the Chattels Registry, since they remain applicable obsolete laws, as is the case of art. 180 of the Spanish Regulation of “Registro Mercantil” of 1956.

Keywords: leasing contracts, civil aircrafts, Chattels Registry, Aircraft Registry, Real Decreto 384/2015, Regulation of “Registro Mercantil” of 1956.

Sumario: I. Introducción: 1. Hechos. 2. Recurso. II. Puntos clave de las Resoluciones de la DGRN de 20 de diciembre de 2016, en respuesta a los recursos presentados por Vueling Airlines, S.A. contra la negativa de inscripción en el Registro de Bienes Muebles de Madrid, de tres contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves: 1. Cuestión previa. 2. Inscripción en el Registro de Bienes Muebles de los títulos jurídicos que afecten a las aeronaves, especialmente los contratos de arrendamiento financiero: A) El Registro de Bienes Muebles. B) Relación entre el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles. C) Relación entre el Registro Internacional y el Registro de Bienes Muebles. D) Decisiones de la DGRN en cuanto a la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero. III. Consecuencias prácticas de las Resoluciones de la DGRN de 20 de diciembre de 2016.

I. Introducción

1. Las Resoluciones de la DGRN de 20 diciembre 2016, fueron dictadas como respuesta a los recursos presentados por *Vueling Airlines, S.A.*¹. Dicha sociedad solicitó la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de Madrid de tres contratos de arrendamiento financiero sobre tres aeronaves civiles. Aunque el registro de los contratos de arrendamiento financiero en general, sobre cualquier tipo de bien mueble, no es obligatorio, en el caso de que tales contratos se realicen sobre aeronaves, la cuestión es controvertida². Si se tienen en cuenta determinadas disposiciones del Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, se convierte en obligatoria la inscripción en el Registro de Bienes Muebles del título jurídico en cuya virtud se procedió a la matriculación de las aeronaves, para la obtención de la matrícula definitiva, puesto que *Vueling Airlines, S.A.* sólo había conseguido las matrículas provisionales de las mismas³.

Sin embargo, el registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVII de Madrid, don Alfonso Presa de la Cuesta, se negó a la inscripción de dichos contratos de arrendamiento financiero, entre otros motivos porque en el certificado de matrícula, *Vueling Airlines, S.A.* figuraba como propietaria y no como arrendataria de las aeronaves. Por esta razón, *Vueling Airlines, S.A.* presentó tres recursos, que corresponden a la negativa de inscripción en el Registro de Bienes Muebles de los contratos de arrendamiento financiero de sus tres aeronaves, con matrícula EC-MLE, EC-MKO y EC-MKM.

1. Hechos

2. En mayo de 2016 se firmaron tres contratos de arrendamiento con opción de compra sobre las aeronaves cuyas matrículas ya se han detallado, en el que las empresas *Yamasa Sangyo Aircraft VY3 Kumiai*, *Yamasa Sangyo Aircraft VY2 Kumiai* y *Yamasa Sangyo Aircraft VY1 Kumiai* eran respectivamente las arrendadoras de las aeronaves con matrícula EC-MLE, EC-MKO y EC-MKM; mientras que en los tres contratos la parte que figuraba como arrendataria era la empresa *Vueling Airlines, S.A.*

Tales títulos se presentaron para su inscripción en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, el día 29 de julio de 2016, obteniendo una calificación negativa. Los motivos que señaló el Registrador de Bienes Muebles para no realizar la inscripción solicitada son dos: 1º) no se indican de forma clara ni las rentas, ni las fechas de pago de las mismas, ni el importe en caso de ejercitar la opción de compra en el vigésimo mes, de las aeronaves con matrícula EC-MLE y EC-MKO, ya que los anexos en los que deberían figurar aparecen en blanco; 2º) en los certificados de matrícula de las tres aeronaves presentados por *Vueling Airlines, S.A.*, ésta aparece como propietaria, mientras que en los títulos

¹ Resoluciones DGRN de 20 de diciembre de 2016, BOE núm. 7, 9 enero 2017, pp. 1034-1050.

² Aunque en el art. 5 de la Ley 28/1998, sobre Venta a Plazos de Bienes Muebles, se excluyen expresamente los contratos de arrendamiento financiero, dicha norma prevé la posibilidad de que determinados arrendamientos, los que tienen por objeto los bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, como son las aeronaves, puedan inscribirse en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Disposición adicional primera Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 167, 14 julio 1998).

³ *Id.* art. 21.3 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. Este es sólo uno de los preceptos en virtud del cual se puede justificar la aseveración arriba realizada, si bien a lo largo del presente trabajo se irán estudiando otras disposiciones del Real Decreto que lo respaldan.

jurídicos aportados para su inscripción, es decir en los contratos de arrendamiento financiero, *Vueling Airlines, S.A.* figura como arrendataria. Es este segundo motivo el que será objeto de desarrollo, pues el primero no tiene ni la importancia ni la complejidad que el mencionado en segundo lugar, aunque ambos tienen el carácter de subsanables.

3. Como consecuencia de dicha calificación, la empresa *Vueling Airlines, S.A.* interpuso un recurso el día de 23 de septiembre de 2016, para subsanar algunos de los defectos detallados en las tres Notas de Calificación.

2. Recurso

4. En dicho recurso, *Vueling Airlines, S.A.* procedió a aportar documentación adicional, además de realizar dos alegaciones en respuesta a los dos motivos de denegación de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles. En respuesta al primer motivo, en el que se señalaba la falta de constancia de las fechas de pago de las rentas de las aeronaves con matrícula EC-MLE y EC-MKO, *Vueling Airlines, S.A.* adjuntó las tres hojas de los dos contratos con las cifras correspondientes a las rentas de estas dos aeronaves.

En respuesta al segundo motivo, que era la falta de coincidencia entre el título jurídico en virtud del cual se había obtenido la matrícula provisional de la aeronave y el que se pretende inscribir en el Registro de Bienes Muebles, *Vueling Airlines, S.A.* procede a dar una explicación en relación con el funcionamiento del Registro de Matrícula de Aeronaves. *Vueling Airlines, S.A.* que como solicitó la reserva de las matrículas un mes antes de la fecha prevista de entrega de las aeronaves, los contratos de arrendamiento todavía no estaban acordados, ni firmados, de manera que se procedió a presentar los contratos de compraventa con el fabricante de las mismas, y en virtud de los cuales se obtuvieron las matrículas españolas. Ahora bien, según *Vueling Airlines, S.A.* como el sistema de registro en España ha empeorado, haciendo referencia al nuevo Reglamento sobre matriculación de aeronaves civiles que entró en vigor el 1 de diciembre de 2015, esto ha provocado un aumento de las trabas administrativas y la gestión del papel entre el Registro de Bienes Muebles y el Registro de Matrícula de Aeronaves. En opinión de *Vueling Airlines, S.A.*, hay que presentar los documentos en ambos registros, produciendo duplicidad de copias, y señala que no ha presentado en el Registro de Matrícula los contratos de arrendamiento hasta que no estuvieran inscritos en el Registro de Bienes Muebles, para evitar dicha duplicidad de originales. Además la recurrente afirma, que una vez que los contratos de arrendamiento estén inscritos en el Registro de Bienes Muebles, presentará los contratos originales con la apostilla y la traducción jurada en el Registro de Matrícula de Aeronaves para la obtención de los certificados de matrícula definitivos, en virtud de los contratos de arrendamiento financiero.

II. Puntos clave de las Resoluciones de la DGRN de 20 de diciembre de 2016, en respuesta a los recursos presentados por *Vueling Airlines, S.A.* contra la negativa de inscripción en el Registro de Bienes Muebles de Madrid, de tres contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves

5. Las Resoluciones de la DGRN de 20 de diciembre de 2016 pretenden dar respuesta a los recursos presentados por *Vueling Airlines, S.A.*, contra la negativa de inscripción solicitada. El aspecto fundamental de este recurso es determinar los requisitos para que un contrato de arrendamiento financiero sobre aeronaves se inscriba en el Registro de Bienes Muebles, si se tiene en cuenta que todavía están en vigor los arts. 177 a 190 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, en lo que a inscripción de aeronaves se refiere, y que en concreto el art. 180 de dicho Reglamento señala que la primera inscripción de la aeronave ha de ser obligatoriamente la del dominio⁴. Pero además, no se tiene que olvidar que la Sección de Aeronaves del Registro de Bienes Muebles en la que han de inscribirse dichos contratos de arrendamiento, también debe regirse por las normas que regulan dicho Registro como son

⁴ 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.

la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles o la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de 19 de julio de 1999⁵. También señala la DGRN, que se deben tener en cuenta algunas Instrucciones elaboradas por ella misma, aunque no se mencionan de forma expresa, de la misma forma que no se señalan anteriores Resoluciones de la DGRN que disciplinan el Registro de Bienes Muebles⁶. Y por último, se deben tener en cuenta determinadas disposiciones del Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, que como se ha señalado en la introducción, también afectan a la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero en el Registro de Bienes Muebles⁷. De hecho, hasta la entrada en vigor de esta normativa, un importante número de contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves no se inscribían en el Registro de Bienes Muebles. A pesar de la amplitud de normas que intervienen en la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de los títulos jurídicos, así de como cargas y gravámenes, que afectan a las aeronaves, pero especialmente cuando se trata de los contratos de arrendamiento financiero, se van a señalar los requisitos y circunstancias bajo los que pueden y deben inscribirse dichos títulos jurídicos en el Registro de Bienes Muebles.

Pero antes, se va a abordar brevemente cómo responde la DGRN a la cuestión previa que se plantea en los recursos presentados por *Vueling Airlines, S.A.*.

1. Cuestión previa

6. Como cuestión previa, se plantea que no aparece determinada con claridad la renta ni las fechas de pago del arrendamiento, así como la cifra del posible ejercicio de la opción de compra en el vigésimo mes, pues aparecen en blanco el anexo donde deberían figurar. Pero esto sucede exclusivamente con dos de las aeronaves, las que tienen matrícula EC-MLE y EC-MKO. Para subsanar este defecto, *Vueling Airlines, S.A.* presenta junto al recurso, tres hojas por cada contrato con las cifras correspondientes a la renta de las dos aeronaves.

7. Al respecto, la DGRN señala el tenor literal del artículo 326 de la Ley Hipotecaria: “*El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador; rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma*”⁸.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles, es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho, tal y como señala la doctrina de la DGRN, fundamentada en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo⁹. De la misma forma que es doctrina reiterada de la DGRN, que el recurso no constituye la vía adecuada para poder subsanar los defectos apreciados por el registrador¹⁰.

También la DGRN ha afirmado en muchas ocasiones, con base en el mismo fundamento legal, que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador, pero que fueron aportados al interponer el recurso¹¹. En consecuencia, no

⁵ Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 167, 14 julio 1998; 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. También señala la DGRN que se puede acudir de forma supletoria a las normas de carácter general de la Ley de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión y las del Reglamento previstas para los buques (Ley de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, BOE núm. 352, 18 diciembre 1954; art. 190 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).

⁶ Resoluciones DGRN de 20 de diciembre de 2016, BOE núm. 7, 9 enero 2017, pp. 1034-1050.

⁷ 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.

⁸ Art. 326 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.

⁹ Resolución DGRN de 13 de octubre de 2014, BOE núm. 270, 7 noviembre 2014, pp. 92079-92084; STS (Sala de lo Contencioso) núm. 4145/2000, de 22 mayo (ECLI: ES:TS:2000:4145).

¹⁰ Resolución DGRN de 13 de octubre de 2015, BOE núm. 265, 5 noviembre 2015, pp. 104612-104619.

¹¹ Resolución DGRN de 23 de diciembre de 2000, BOE núm. 45, 22 febrero 2011, pp. 20465-20468.

se puede realizar un pronunciamiento en relación con documentos que no se pusieron a disposición del registrador en el momento de realizar su calificación sin perjuicio de que, presentada nueva documentación, se lleve a cabo una nueva calificación aludiendo a dichos documentos.

A pesar de lo anterior y por razones de economía procedimental, la DGRN también señala, al igual que hace el registrador en su informe, que el documento presentado con el recurso para subsanar este defecto, carece de firma legitimada y además, debe reunir los mismos requisitos formales, de autenticidad y de fondo, estando entre estos últimos el valor residual o el precio de la opción de compra que los tres contratos de arrendamientos conllevan.

2. Inscripción en el Registro de Bienes Muebles de los títulos jurídicos que afecten a las aeronaves, especialmente los contratos de arrendamiento financiero

8. Se procede a examinar por parte de la DGRN, si son o no inscribibles en el Registro de Bienes Muebles tres contratos de arrendamiento con opción a compra, cuando no existe una inscripción previa del dominio sobre las aeronaves, pero además se da la circunstancia de que la empresa arrendataria, *Virgin Atlantic GlobalFlyer, S.A.*, figura como propietaria en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles. Para ello se va a analizar el funcionamiento del Registro de Bienes Muebles, así como su relación con el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y con el Registro Internacional, para poder comprender las decisiones adoptadas finalmente por la DGRN, sobre la inscripción o no en el Registro de Bienes Muebles de dichos contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves.

A) El Registro de Bienes Muebles

9. 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 realizaban en el Registro Mercantil¹².

El art. 179 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 es el que establece que es obligatoria la inscripción en dicho Registro Mercantil de las aeronaves de nacionalidad española y de propiedad privada que se destinen o puedan destinarse a usos industriales o mercantiles¹³. 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 Muebles¹⁴. 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

¹² 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).

¹³ 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^a 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.

¹⁴ 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.

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 realicen sobre tales bienes serán calificados y en su caso inscritos o anotados preventivamente dentro de dicha Sección por el Registrador de Bienes Muebles*”¹⁵. 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, aunque en las Resoluciones que son objeto de análisis, la DGRN no aborda de manera detallada esta cuestión, por no ser objeto de la nota de calificación.

10. Se puede deducir de lo anterior que el Libro de Aeronaves sólo existía en el Registro Mercantil territorial de Madrid desde 1956¹⁶. 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 competencia¹⁷. 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 aeronaves¹⁸. 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 1956¹⁹.

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 identificables²⁰. 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 ellos²¹. Por lo tanto, en principio los Registradores

¹⁵ 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.

¹⁶ 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*”.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ Disposición adicional primera Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 167, 14 julio 1998.

²¹ 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.

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 competencia²².

No obstante, el art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 señala que la primera inscripción de las aeronaves de nacionalidad española ha de ser obligatoriamente la del dominio, así que la primera inscripción en el Registro de Bienes Muebles no puede ser derivada de un contrato de arrendamiento²³. Paralelamente se debe añadir 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 bienes²⁴. En consecuencia, si la aeronave ya consta en el Registro de Bienes Muebles de Madrid por un título de propiedad, los contratos de arrendamiento posteriores de dichas aeronaves de nacionalidad española no van a poder ser incritos 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 inscribirse 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 de nacionalidad española, porque es en Madrid donde se ubica el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles²⁵.

11. En cuanto a los requisitos para la inscripción en el Registro de Bienes Muebles, el art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 establece que la primera inscripción, que es la de dominio, se realizará en virtud de “*contrato de entrega o de venta de la entidad constructora en unión del certificado administrativo de su matrícula*”²⁶. En cuanto al resto de actos jurídicos inscribibles posteriormente, el art. 182 de este mismo Reglamento señala que la transmisión y demás actos de trascendencia real relativos a las aeronaves se practicarán en virtud de escritura pública o documento auténtico²⁷.

Sin embargo, aunque no ha sido objeto de la nota de calificación del registrador, la DGRN establece que el actual sistema de títulos inscribibles en el Registro de Bienes Muebles es poco formalista, y que el arrendamiento, ya sea financiero o de larga duración e inscribible, no es considerado derecho real, por lo que no debe exigirse escritura pública. Además, la DGRN añade que para la inscripción de cualquier derecho en el Registro de Bienes Muebles, existen unos modelos aprobados por la DGRN. Pero que en cualquier caso, también es válida la escritura pública con todos los requisitos necesarios para la inscripción²⁸.

12. Por lo tanto, la DGRN señala que en los casos planteados en los tres expedientes, *Vueling Airlines, S.A.* quiere realizar la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero, aunque las aeronaves con matrícula española no aparecen previamente inmatriculadas en el Registro de Bienes Muebles en virtud de títulos de propiedad, sino que se quiere realizar su inmatriculación en base a los contratos de arrendamiento financiero. Señala la DGRN, que el registrador rechaza las inmatriculacio-

²² Se señala en principio porque como se verá más adelante en la práctica esto no es así.

²³ 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.

²⁴ 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. También se recoge el principio de tracto sucesivo en las Resoluciones objeto de análisis (Resoluciones DGRN de 20 de diciembre de 2016, BOE núm. 7, 9 enero 2017, pp. 1034-1050).

²⁵ *Vid.* página del Registro de Bienes Muebles de Madrid, disponible en línea en <https://www.rmercantilmadrid.com/rmm/DocumentosBienesMuebles.aspx> (consultada el 29 de octubre de 2015).

²⁶ 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.

²⁷ Art. 182 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.

²⁸ Resoluciones DGRN de 20 de diciembre de 2016, BOE núm. 7, 9 enero 2017, pp. 1034-1050.

nes por no coincidir la titularidad administrativa de la aeronaves, pues *Vueling Airlines, S.A.* figura como propietaria en los certificados de matrícula de las tres aeronaves.

Sin embargo, la DGRN añade que tras el análisis previo, no se pueden realizar las inmatriculaciones solicitadas no sólo por la disparidad en la titularidad administrativa de las aeronaves, sino porque no existe ninguna inscripción de titularidad a favor del arrendador financiero, es más, en los certificados de matrícula *Vueling Airlines, S.A.* figura como arrendataria²⁹. De manera, que tal y como resalta la DGRN, a la luz de la normativa existente, el contrato de arrendamiento financiero no sirve como título inmatriculador. Por lo tanto, aunque se persigue la coordinación entre el Registro de Bienes Muebles y el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, en principio no parece que sea total porque en el Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, se permite la inscripción de la aeronaves, no sólo con los títulos de propiedad, sino también con los contratos de arrendamiento en general o con cualquier otro título traslativo de posesión o uso de la aeronave³⁰. Sin embargo, como se podrá comprobar posteriormente, sí que existe una concordancia real entre las inscripciones o anotaciones realizadas en ambos registros.

B) Relación entre el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles

13. Según el Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, la primera inscripción de la aeronave se debe realizar en el Registro de Matrícula, en virtud de cualquiera de los contratos señalados, para la obtención de la matrícula, otorgándole a la misma la nacionalidad española³¹. Posteriormente se inscribirán cuando proceda en el Registro de Bienes Muebles, de conformidad con su normativa específica³². Sin embargo, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, 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.

²⁹ El hecho de que *Vueling Airlines, S.A.* figure en primer lugar, como propietaria de la aeronave en virtud de un contrato de comparaventa, pero también aparezca como arrendataria en un contrato de arrendamiento financiero, -y no como arrendadora- sólo podría explicarse en el marco de una operación de *lease-back* o *leasing* de retorno. A través de este tipo de *leasing*, la aerolínea, *Vueling Airlines, S.A.*, por falta de liquidez decide vender la aeronave a la sociedad de *leasing* -ya sea *Yamasa Sangyo Aircraft VY3 Kumiai, Yamasa Sangyo Aircraft VY2 Kumiai* o *Yamasa Sangyo Aircraft VY1 Kumiai*- y ésta le conceda a la aerolínea los derechos de uso y disfrute económico. Las características principales de este tipo de *leasing* son por tanto, convertir los activos en liquidez y ajustar la vida económica del bien (J.-M. SALVATELLA JUAN, “Obstáculos comerciales en la Unión Europea. El *leasing*”, *ICE*, núm. 2439, 16-22 enero 1995, p. 3569).

³⁰ 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.

³¹ 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. Es la Ley de Navegación Aérea española de 1960 la que establece que la inscripción de la aeronave en el Registro de Matrícula, le otorga la nacionalidad, de manera que las aeronaves extranjeras tendrán la nacionalidad del Estado en el que estén matriculadas (arts. 16 y 17 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960). Dicha Ley también señala en su art. 18 que accederán al Registro de Matrícula de Aeronaves del Estado español, las aeronaves pertenecientes a personas físicas o jurídicas que tengan nacionalidad española o de alguno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo; a instancia del arrendatario, las aeronaves arrendadas a quienes tengan nacionalidad española o de algún Estado miembro del Espacio Económico Europeo; o bien las aeronaves de uso privado pertenecientes a personas físicas o jurídicas de terceros Estados que tengan su residencia habitual o un establecimiento permanente en España (en este sentido *vid.* 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). Pero además, la Ley de Navegación Aérea española recoge de forma literal que “*Disposiciones reglamentarias establecerán normas sobre los actos y documentos inscribibles, requisitos, forma y efectos de la inscripción y modo de llevar el Registro*” (art. 32 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960). En este sentido, el primer Decreto que recoge el Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves entró en vigor en 1969, que aunque fue modificado posteriormente en 1972 y en 1996, actualmente ha sido derogado por el nuevo Real Decreto que entró en vigor el 1 de diciembre de 2015 (*vid.* 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; 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; 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).

³² 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.

Esta diferencia de criterios para la inscripción de las aeronaves entre el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles, ha obligado a establecer dos procedimientos distintos de matriculación de aeronaves, para que exista concordancia entre ambos registros³³. Lo cual provoca como se ha adelantado en la introducción, que aunque el registro de los contratos de arrendamiento financiero en general, sobre cualquier tipo de bien mueble, no sea obligatorio, en el caso de que tales contratos se realicen sobre aeronaves de nacionalidad española, entonces pasa a convertirse en una obligación³⁴.

14. Por lo tanto, la DGRN señala que para conseguir la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero señalados, es necesario que el titular civil de las aeronaves las inscriba a su nombre previamente en el Registro de Matrícula de Aeronaves, y a continuación, indica la DGRN, “*en virtud de título hábil para ello*” realice la inscripción en la Sección Primera del Registro de Bienes Muebles, para posteriormente realizar la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero. Por lo tanto, la DGRN está afirmando que se tiene que inscribir primero el título que otorga el dominio sobre las aeronaves en el Registro de Matrícula y después en el Registro de Bienes Muebles, antes de poder realizar la inscripción de los contratos de arrendamiento sobre las aeronaves.

Sin embargo, la DGRN señala de manera textual y haciendo referencia al contrato de arrendamiento financiero que: “*Una vez matriculado en el registro administrativo e inmatriculado en el Registro de Bienes Muebles, de conformidad con los puntos 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto citado “los actos jurídicos posteriores a la matriculación de las aeronaves que sean inscribibles en el Registro de Bienes Muebles, conforme a su legislación específica, se inscribirán primero en dicho Registro” e incluso los actos que “impliquen cambio de titularidad se anotarán en el Registro de Matrícula de Aeronaves, a petición de los interesados, siempre que quede acreditada la inscripción previa en el Registro de Bienes Muebles mediante la comunicación efectuada por éste. Las cargas y gravámenes se anotarán de oficio en virtud del comunicado del Registro de Bienes Muebles”, y todo ello se hará, según concluye el punto 5 del mismo artículo de forma telemática*”³⁵.

En mi opinión, la DGRN cuando señala “*Una vez matriculado en el registro administrativo e inmatriculado en el Registro de Bienes Muebles...*” en realidad no está aludiendo al contrato de arrendamiento financiero, sino al título de propiedad de la aeronave. De manera que tras la inscripción del título de propiedad en ambos registros, en virtud del art. 10.3 del RD 384/2015, el registro del contrato de arrendamiento financiero tiene que realizarse primero en el Registro de Bienes Muebles, cumpliendo para ello con los requisitos de dicho registro. Ahora bien, como en teoría en cualquier contrato de arrendamiento se produce un cambio de titularidad, el interesado tendrá que solicitar la anotación en el Registro de Matrícula de Aeronaves, tras inscribirlo en el Registro de Bienes Muebles³⁶. Sin embargo, *Vueling Airlines, S.A.* aparece ya como propietaria de las aeronaves en los contratos presentados en el Registro de Matrícula para realizar las reservas de matrícula, así que con la anotación de los contratos de arrendamiento en los que *Vueling Airlines, S.A.* figura como arrendataria no se produce un cambio

³³ Art. 10 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.

³⁴ En cuanto a la obligatoriedad de la inscripción de las aeronaves, tiene su fundamento jurídico en el art. 29 de la Ley de la Navegación Aérea de 1960 (art. 16 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.). Es importante resaltar que la obligación de instar la inscripción de matriculación o de cambio de titularidad corresponde al que adquiere la aeronave, que puede ser por transmisión ínter vivos o mortis causa, pero en el caso de tratarse de la cancelación de matrícula de la aeronave, la obligación de realizar la inscripción recaerá sobre el titular registral.

³⁵ Arts. 10.3, 10.4 y 10.5 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.

³⁶ Se habla del término “anotarán” porque en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles se deben distinguir dos tipos de asientos: inscripciones y anotaciones. Por un lado, las inscripciones registrales, que otorgan la matrícula y nacionalidad española a las aeronaves, se dividen en dos: la matriculación y la cancelación, de dicha matrícula. Por otro lado, las anotaciones registrales, se realizan en virtud de los títulos jurídicos que afecten a la aeronave, al propietario y al operador de la aeronave, tales como: cambios de titularidad, cargas y gravámenes y vicisitudes técnicas de conformidad con el artículo 30 (arts. 8.2 y 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).

de titularidades. Aunque por otro lado, la firma de los contratos de arrendamiento financiero supone una modificación subjetiva de una de las partes del contrato inscrito, que también tienen que anotarse en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, tal y como señala el art. 8.3 del RD 384/2015³⁷.

15. No obstante, en los casos que traen por objeto las tres resoluciones de la DGRN no coincide el título jurídico en virtud del cual se hace la inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, con el presentado en el Registro de Bienes Muebles. Entrando en mayor detalle sobre el procedimiento de matriculación, como ya se ha señalado anteriormente, la primera inscripción de las aeronaves se tendrá que realizar en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, el cual asignará a la aeronave una matrícula provisional, concederá un Certificado de Matrícula provisional, y además, se realizará la anotación preventiva del título jurídico en base al que se otorga la matrícula provisional³⁸. Así pues, tal y como exige el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, *Vueling Airlines, S.A.* obtuvo la matrícula provisional de sus aeronaves, EC-MLE, EC-MKO y EC-MKM, que precisamente por ser civiles y no militares incorporan las siglas EC que indican la nacionalidad española de las aeronaves³⁹. En consecuencia, se le otorgó a *Vueling Airlines, S.A.* los Certificados de Matrícula Provisionales de las tres aeronaves y se realizó la anotación preventiva de los tres contratos de compraventa de las aeronaves entre *Vueling Airlines S.A.* y el fabricante de las mismas⁴⁰.

Las matrículas provisionales de las tres aeronaves de *Vueling Airlines, S.A.* tienen una vigencia de tres meses desde que se emitieron, pero transcurrido este plazo la matrícula provisional se cancelará de oficio⁴¹. No obstante, este plazo podrá prorrogarse por 45 días más, por causas imprevistas o de fuerza mayor, o inclusive, por demora en la inscripción del título jurídico en el Registro de Bienes Muebles⁴². Pero si transcurrido el plazo máximo prorrogado, no se ha aportado la documentación necesaria para la matriculación definitiva de la aeronave, cancelará de oficio de la matrícula provisional⁴³.

³⁷ Con respecto a los “cambios de titularidad”, el art. 8.3 del RD 384/2015 señala de manera textual: “*Se anotará 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 a dichos contratos posesorios si las hubiere, siempre que dichas novaciones impliquen cambio en la posición jurídica del poseedor, o supongan la modificación subjetiva de una de las partes del contrato ya inscrito*”. Por otro lado, se excluye la anotación de los contratos de arrendamiento de corta duración, es decir los contratos de arrendamiento o subarrendamiento de aeronaves de duración igual o inferior a seis meses. Llegados a este punto, es evidente que los contratos de arrendamiento financiero de *Vueling Airlines, S.A.* no son de corta duración (arts. 8.3 y 27 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).

³⁸ 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. Con respecto a dicha inscripción, el art. 13 del RD 384/2015 de forma literal establece: “*La inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles se practicará en virtud de documento público o privado que acredite la adquisición de la propiedad o la posesión de la aeronave, en el que conste la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*”.

³⁹ Al respecto el art. 17 RD 384/2015 señala: “*Los distintivos de nacionalidad y matrícula de las aeronaves del Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles de España están formados por la marca de nacionalidad española, que se determina por el grupo de letras EC, seguido, tras un guion, por 4 letras del alfabeto español, con omisión de la «ñ», que componen la matrícula, y que se combinarán sucesivamente, siguiendo el orden alfabético*”. Sin embargo, en el momento de la concesión de la matrícula española a las aeronaves, la marca de matrícula de las aeronaves todavía consistía en un grupo de tres letras, en vez de cuatro (Disposición adicional tercera 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).

⁴⁰ También señala *Vueling Airlines S.A.* en los recursos presentados contra la negativa de inscripción de los contratos de arrendamiento financiero, que había solicitado previamente la reserva de las matrículas un mes antes de la fecha prevista de entrega, para pintar las matrículas en las aeronaves. Pues bien, de igual manera, para solicitar la reserva de matrícula, se deberá aportar una copia del título jurídico o del acuerdo de intenciones, que justifique que va a adquirir en propiedad o va a tener de la posesión de la aeronave. La reserva de matrícula concedida tendrá una duración de seis meses como máximo, transcurridos los cuales se transformará en una matrícula provisional, y si no se realiza, se cancelará de oficio la reserva (art. 20 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).

⁴¹ Art. 22.1 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.

⁴² Art. 22 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.

⁴³ Art. 22.2 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.

Para la conversión de la matrícula provisional en definitiva, el art. 23 del RD 384/2015 exige la inscripción del título jurídico en el Registro de Bienes Muebles, salvo que el mismo no sea inscribible según su legislación específica. Sin embargo, *Vueling Airlines, S.A.* no presentó como títulos jurídicos los contratos de compraventa de las aeronaves, sino los contratos de arrendamiento financiero en los que *Vueling Airlines, S.A.* figuraba como arrendataria. Esto plantea los dos problemas ya señalados en el apartado anterior. En primer lugar, la falta de coordinación entre los dos Registros, pues si se realizara el registro tal y como *Vueling Airlines S.A.* pretendía, en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles se habrían inscrito las aeronaves en virtud de los títulos de propiedad, con la anotación correspondiente al efecto de dicho título, —como de hecho se hizo—, mientras que en el Registro de Bienes Muebles aparecerían inscritos los contratos de arrendamiento financiero. Sin embargo, tal y como resolvió finalmente la DGRN, la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de los contratos de arrendamiento financiero no son posibles, porque uno de los objetivos del RD 384/2015 es articular la relación entre ambos registros, de manera que haya concordancia entre ellos⁴⁴.

En segundo lugar, según la legislación que regula el Registro de Bienes Muebles, concretamente el art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, la primera inscripción de las aeronaves de nacionalidad española ha de ser obligatoriamente la del dominio, así que la primera inscripción en el Registro de Bienes Muebles no puede ser derivada de un contrato de arrendamiento. Por lo tanto, para que *Vueling Airlines, S.A.* pueda inscribir los contratos de arrendamiento financiero sobre sus aeronaves, es necesario la inscripción previa de los contratos de compraventa en el Registro de Bienes Muebles, tal y como señala la DGRN.

C) Relación entre el Registro Internacional y el Registro de Bienes Muebles

16. Tal y como señala la DGRN, el mismo RD 384/2015 dispone en su disposición adicional sexta que cuando las garantías que generan, entre otros los contratos de arrendamientos, sobre la aeronaves matriculadas en España, fueran susceptibles de inscripción en un Registro Internacional se deberá actuar de la siguiente manera: el Registrador competente de Bienes Muebles, una vez realizada la inscripción de la garantía o derecho internacional o desde el propio asiento de presentación cuando se prevea la reserva de prioridad sobre derechos de constitución futura, deberá hacer constar la reserva de prioridad en el registro internacional correspondiente. Por lo tanto, es el Registro de Bienes Muebles el punto de acceso autorizante de la información necesaria para realizar la inscripción en el Registro internacional, puesto que según el art. 18 del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, cada Estado podrá designar una o varias entidades como puntos de acceso nacionales⁴⁵.

No obstante, aunque la DGRN no señala nada al respecto, la redacción de este párrafo es bastante confusa, porque señala en primer lugar que la garantía internacional debe ser inscrita en el Registro de Bienes Muebles, así que podría interpretarse que para realizar dicha inscripción se deberán cumplir los requisitos de nuestro ordenamiento para el acceso al mismo, incluido la calificación del título⁴⁶. Además, parece que se hace un tratamiento diferenciado entre la garantía internacional y la garantía internacional futura, que el Protocolo aeronáutico y el Convenio de Ciudad del Cabo (denominados en conjunto como “Sistema de Ciudad del Cabo”) no contemplan, si entendemos que es a esto a lo que se refiere al hablar en dicho texto de derechos de constitución futura, pues señala que será necesario que para su inscripción en el Registro Internacional, se tenga que realizar un asiento previo en el Registro de Bienes Muebles⁴⁷. Por último, el precepto establece que será el Registrador de Bienes Muebles competente el que haga

⁴⁴ Dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente núm. 128/2015, de 17 de marzo de 2015, p. 11; Parte expositiva y art. 10 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.

⁴⁵ Art. XIX.1 del Protocolo aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo (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).

⁴⁶ 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.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 9.

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 Muebles⁴⁸. Por lo tanto, la disposición adicional sexta del RD 384/2015 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, teniendo en cuenta que los requisitos sustantivos y formales de la garantía o del derecho internacional inscribible y los del procedimiento ante el Registro Internacional se rigen por lo previsto en el correspondiente instrumento internacional.

En consecuencia, no se ha realizado 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, no se anotaba carga alguna a las aeronaves en base al formulario presentado. Sin embargo, se consideró que esta situación era muy peligrosa para la seguridad del tráfico, ya que si se solicitaba una certificación de cargas en relación a las aeronaves y en los libros registrales no aparecía ninguna, el registrador tendría que certificar la libertad de cargas de dichas aeronaves, 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 28 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 contenido⁴⁹.

D) Decisiones de la DGRN en cuanto a la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero

17. Tras el análisis anterior, la DGRN señala que no se trata, tal y como señala la recurrente, de una duplicidad de registros, con duplicidad de documentación, ni un empeoramiento respecto de la situación existente anteriormente entre ambos registros, puesto que no se ha producido un cambio sustancial en la legislación aplicable⁵⁰.

Se trata de registros con distinto ámbito de aplicación, pues en España a diferencia de otros países, por lo que respecta a las aeronaves, se sigue un sistema de doble registro, uno de los cuales contempla el aspecto administrativo y publicístico mientras que el otro está destinado a la inscripción de los derechos que, al publicitarlos producen efectos jurídicos privados⁵¹. Por un lado, el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, regulado por el Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, y tiene como finalidad regular los requisitos, la forma y los efectos de la inscripción de las aeronaves en el Registro de Matrícula de Aeronaves, siendo un requisito imprescindible para la posterior inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Por otro lado, el Registro de Bienes Muebles, tiene un carácter estrictamente jurídico, y tiene por finalidad el reflejo de la titularidad del dominio de la aeronave, una vez que se ha registrado administrativamente, y a partir de dicho momento recoger todos los aspectos de carácter jurídico que le afecte, especialmente todas las cargas y gravámenes, así como los contratos de arrendamiento financiero que se puedan constituir sobre la misma⁵².

⁴⁸ *Idem*, p. 9.

⁴⁹ *Vid.* Informe consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 28 de abril de 2016.

⁵⁰ M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa internacional de grandes aeronaves civiles*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 118.

⁵¹ *Vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa internacional de grandes aeronaves civiles*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 116-117.

⁵² La DGRN afirma en este sentido que el sistema que se sigue para la inmatriculación de las aeronaves en el Registro de Bienes Muebles, no es un sistema diferente del que se sigue con otros objetos inscribibles en el Registro de Bienes Muebles, sino que es un sistema parecido al establecido para la inmatriculación de los buques, para después registrar los actos jurídicos que le conciernen. Pero también el sistema es similar al establecido para los vehículos automóviles, pero con la particularidad, de que la apertura del folio registral de las aeronaves nunca se puede llevar a cabo con la presentación e inscripción de los distintos contratos inscribibles, sino que, por la singularidad y especificidad de su objeto, la aeronave, con características propias, le hacen tener reglas especiales, tanto para su inmatriculación, como para el reflejo de su posterior trayectoria jurídica (*Vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa internacional de grandes aeronaves civiles*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 36-52).

18. Por lo tanto, la DGRN afirma que no es un problema de falta de tracto sucesivo entre la inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles, ya que como se ha señalado anteriormente son registros totalmente independientes aunque interconectados telemáticamente⁵³. Se trata pues de un problema de falta de la inscripción previa del título dominical sobre la aeronave, el cual deberá ser subsanado tal y como la normativa aplicable al Registro de Bienes Muebles establece, antes de que pueda realizarse la inscripción del contrato de arrendamiento financiero.

En consecuencia, la DGRN acordó desestimar los tres recursos y proceder a confirmar las calificaciones impugnadas. Tras el análisis de las motivaciones de la DGRN que llevaron a la misma decisión en los tres casos, se puede afirmar que los fundamentos en términos generales son acertados, aunque con los matices ya mencionados.

III. Consecuencias prácticas de las Resoluciones de la DGRN de 20 de diciembre de 2016

19. A raíz de las Resoluciones de de la DGRN de 20 de diciembre de 2016, el Registrador mercantil de Madrid, encargado del Registro de Bienes Muebles de dicha provincia, realizó la siguiente consulta a la DGRN. En ella, se preguntaba si los artículos 8, 10, 13, 16, 22, y 23 del Reglamento del Registro de Matriculación de Aeronaves Civiles aprobado por RD 384/2015, han supuesto un cambio en la situación legal existente en lo que a la primera inscripción de aeronaves se refiere en el Registro de Bienes Muebles⁵⁴. Si es así, esto supondría una ampliación de los medios inmatriculadores de aeronaves en el Registro de Bienes Muebles, no sólo a los títulos que acrediten el dominio sobre las aeronaves, sino a otros títulos en virtud de los cuales pueda practicarse la inscripción primera provisional en el Registro de Matrícula de Aeronaves y a continuación, la inscripción del mismo título en el Registro de Bienes Muebles⁵⁵.

20. Sin embargo, en el Informe de la DGRN a la consulta realizada, de 23 de febrero de 2017, se vuelve a destacar que se trata de registros totalmente independientes, aunque coordinados. Así lo reconoce expresamente el mismo artículo 10 del RD 384/2015 al señalar que *“Las aeronaves habrán de inscribirse necesariamente en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y, cuando proceda de conformidad con lo previsto en su normativa específica, en el Registro de Bienes Muebles, con excepción de las aeronaves con matrícula de pruebas”*.

Por lo tanto, según el Informe de la DGRN, los artículos del Reglamento de matriculación de aeronaves civiles indicados por el Registrador consultante, no pueden tener ninguna incidencia sobre la inscripción de las mismas aeronaves en el Registro de Bienes Muebles, pues su ámbito de aplicación es completamente distinto. En consecuencia, el Informe de la DGRN señala que la contestación a la consulta planteada debe ser negativa, pues tanto las disposiciones contenidas en la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954, como las de la Ley de Navegación Aérea de 1960, como también las normas reglamentarias que los desarrollan del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 y del propio Reglamento de matriculación de aeronaves, son bastante claras a este respecto, estableciendo los medios para la inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y los medios para la inscripción en el Registro de Bienes Muebles⁵⁶.

⁵³ Art. 10.5 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.

⁵⁴ Como ya se ha señalado en varias ocasiones, el art. 180 del Registro Mercantil de 1956 señala que la primera inscripción de las aeronaves en el Registro de Bienes Muebles, será la del dominio.

⁵⁵ Vid. Informe de la DGRN a la consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 23 de febrero de 2017.

⁵⁶ La Ley de 16 de diciembre 1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión es la que se ocupa por primera vez en el Derecho español de la inscripción de la aeronave en el Registro Mercantil al regular su hipoteca mobiliaria. Su Exposición de Motivos nos dice sobre ella que *“En la hipoteca de aeronaves se han tenido presentes los actuales proyectos para la regulación jurídica de las mismas. En ellos se inspiran las normas sobre extensión y distribución de la hipoteca, prelación de créditos, hipoteca de aeronaves en construcción, etc. De acuerdo también con dichos precedentes, se asimila en gran parte esta hipoteca a la de buques y se lleva su inscripción al Registro Mercantil”*. Resulta pues, que dichas normas señalan que para la constitución de gravámenes, en concreto de la hipoteca mobiliaria, sobre la aeronave siempre va a ser necesaria la previa inscripción de la misma, no siendo hábil el título de constitución de la hipoteca para su inmatriculación (arts. 38 y 68 Ley de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión, BOE núm. 352, 18 diciembre 1954).

21. No obstante, el Informe de la DGRN a la consulta realizada, de 23 de febrero de 2017 señala, tal y como se ha mencionado en anteriores apartados, que una de las finalidades del RD 384/2015 es conseguir una perfecta coordinación con el Registro de Bienes Muebles. En dicho Informe se pone énfasis en la coordinación que también se pretende en la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1956, al obligar al Registrador a comunicar la constitución de la hipoteca al Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles⁵⁷. Por tanto, se debe analizar si algunos de los medios en virtud de los cuales se inscribe la aeronave en el Registro de Matrícula pudiera plantear dificultades en su acceso al Registro de Bienes Muebles, dificultando esa coordinación total entre ambos registros y si, alguno de estos medios pudiera también servir para la inmatriculación en el Registro de Bienes Muebles, siempre que los principios registrales que deben presidir todo registro jurídico de bienes sean respetados.

22. Como se ha señalado, el art. 8 del RD 384/2015 permite la inscripción, no sólo mediante los títulos de propiedad de la aeronave, sino también a través de los contratos de arrendamiento en general o mediante otros títulos traslativos de la posesión o usos de la aeronave. Por lo que respecta a los títulos de propiedad, no existe problema alguno, pues coincide con el art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, así que el mismo título de dominio abrirá folio en ambos registros. Ahora bien, si se tratara de los títulos traslativos de la posesión o uso de la aeronave, según el Informe de la DGRN, no deberían inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, porque éste se rige de forma supletoria por las normas de la Ley Hipotecaria y del Reglamento Hipotecario, siendo la Ley Hipotecaria la que no permite la inscripción en el Registro de los títulos relativos al simple hecho de poseer⁵⁸.

El único problema que se plantea, como ya se ha señalado en los apartados anteriores, es si sería posible que en base a un contrato de arrendamiento, sea éste financiero o no, y una vez que se ha inscrito en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, pudiera practicarse la inscripción correlativa en el Registro de Bienes Muebles, con el objetivo de que la matrícula provisional asignada se convierta en matrícula definitiva.

En este sentido, el Informe de manera acertada en mi opinión, acude a la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de 19 de julio de 1999, que señala como verdadero Reglamento del Registro de Bienes Muebles y pone de relieve el siguiente principio: “*Se presumirá que el arrendador con contrato inscrito y el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien*”, y además señala en el mismo artículo: “*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos y garantías inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma que resulte del Registro*”⁵⁹. Por lo tanto, señala el Informe de la DGRN que en determinados casos y con carácter excepcional pueda admitirse que la primera inscripción de la aeronave en el Registro de Bienes Muebles se realice en virtud de un título distinto al de dominio “*estricto sensu*”, tal y como señala el artículo 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956⁶⁰.

23. La DGRN señala en el Informe que la apertura de folio a la aeronave en el Registro de Bienes Muebles podría realizarse mediante la presentación de un contrato de arrendamiento, financiero o no, o de financiación a comprador, si se cumplen dos requisitos: 1) que sobre dicho contrato se haya producido anteriormente la apertura de folio en el Registro de Matrícula de Aeronaves; y 2) que se cumpla lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Navegación Aérea de 1960, según el cual para practicar cualquier inscripción en el Registro de Matrícula se exige que se presente simultáneamente el título de propiedad, a fin de relacionar éste en el asiento practicado⁶¹. Si bien en mi opinión, este

⁵⁷ Art 76 Ley de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión, BOE núm. 352, 18 diciembre 1954.

⁵⁸ Art. 5 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.

⁵⁹ Art. 24 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.

⁶⁰ Art. 30 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960. *Vid.* Informe de la DGRN a la consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 23 de febrero de 2017.

⁶¹ *Vid.* Informe de la DGRN a la consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 23 de febrero de 2017.

precepto no se debería haber utilizado como argumento, porque precisamente la Ley de Navegación Aérea también señala que en lo que a matriculación de aeronaves se refiere, ésta se realice a través de disposiciones reglamentarias, que es precisamente el RD 384/2015, luego no se debería haber tenido en cuenta una Ley del año 1960, momento en el que la mayoría de las aeronaves eran adquiridas mediante títulos de propiedad⁶².

El Informe de la DGRN señala que en la práctica la solución adoptada es la más conveniente para favorecer la fluidez y seguridad del tráfico jurídico sobre aeronaves pues, si se aplicara estrictamente el art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, la aeronave que hubiera obtenido la matrícula provisional en base a un título distinto del de propiedad se encontraría siempre en situación provisional, ya que no gozaría nunca de una matrícula definitiva al no poder inmatricularse en el Registro de Aeronaves en virtud de dicho título por no ser el de dominio⁶³. Esto es como consecuencia de que la realidad jurídica y económica que rodeaba a las compañías aéreas españolas en el momento en que surgió el Reglamento del Registro Mercantil de 1956 era totalmente diferente al actual, donde la internacionalización es mucho mayor, los arrendamientos financieros se han generalizado como forma de adquirir las aeronaves, y se tienen que poner las suficientes garantías para asegurar el cumplimiento de tales contratos.

A pesar de lo dicho en el Informe, si se está pidiendo como uno de los requisitos para realizar la primera inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de Bienes Muebles, que en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles se presente el título de propiedad para que se relacione éste en el asiento en que se inscribe el contrato de arrendamiento; con toda seguridad esto va a llevar aparejado que también se inscriba en el Registro de Bienes Muebles el dominio de la aeronave junto con el contrato de arrendamiento⁶⁴.

En mi opinión, se debería permitir la primera inscripción de los contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves en el Registro de Bienes Muebles, tras la inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, sin exigir ningún otro requisito, para agilizar las transacciones sobre aeronaves. En primer lugar, porque como señala la DGRN en su Informe efectivamente la aeronave que haya obtenido la matrícula provisional en base al contrato de arrendamiento podría encontrarse siempre en situación provisional, ya que no gozaría nunca de una matrícula definitiva; y en segundo lugar, porque en muchas ocasiones, el contrato que pretende inscribirse es de subarrendamiento financiero, lo cual implica que el arrendador de dicho contrato es el arrendatario en un contrato previo de arrendamiento financiero, es decir que va a ser difícil para el subarrendatario aportar el título de propiedad, sobre todo si se tiene en cuenta que una aeronave puede ser subarrendada varias veces.

24. En cualquier caso, en el Informe a la consulta formulada, de 23 de febrero de 2017, la DGRN concluye que sólo de forma excepcional y con el objetivo de conseguir una perfecta coordinación entre el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles, previa calificación del registrador provincial, sería posible la apertura de folio registral en este último registro con un contrato de arrendamiento o financiación a comprador, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, puesto que la forma normal de inmatriculación en el Registro de Bienes Muebles debe ser como consecuencia de un asiento de dominio⁶⁵.

Si bien, en mi opinión esta solución no difiere mucho de las decisiones adoptadas en las Resoluciones de la DGRN de 20 de diciembre de 2016, porque tanto en el Informe como en las Resoluciones de la DGRN, para realizar la primera inscripción de los contratos de arrendamiento en el Registro de

⁶² Art. 32 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960.

⁶³ La única posibilidad al respecto, como ya se ha dicho en los apartados anteriores, es inscribir previamente el contrato de propiedad de la aeronave, para después inscribir el contrato de arrendamiento.

⁶⁴ Por lo que respecta al otro requisito, se va a cumplir siempre, porque como se ha repetido en varias ocasiones la primera inscripción de la aeronave, se tiene que realizar obligatoriamente en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, ya sea en virtud de un título de dominio o de un contrato de arrendamiento financiero (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).

⁶⁵ *Vid.* Informe de la DGRN a la consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 23 de febrero de 2017.

Bienes Muebles se exige aportar el título de propiedad, ya sea ante el Registro de Matrícula o ante el Registro de Bienes Muebles, con la dificultad que ello conlleva dada la actual fluidez de tráfico jurídico de las aeronaves⁶⁶.

⁶⁶ En este sentido, el Informe de la DGRN a la consulta la consulta realizada, de 23 de febrero de 2017, señala que el contenido del mismo no entra en contradicción con la doctrina que con carácter general se estableció en la Resoluciones de la DGRN, de 20 de diciembre de 2016, pues argumentan que el problema planteado era muy distinto pues se centraban en la falta de coordinación entre el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles, al solicitarse la inscripción en este último de un título distinto al inscrito en el registro administrativo. Y se añade en el Informe de la DGRN textualmente: *“si se entrara en la cuestión relativa a que si ambos títulos hubieran sido coincidentes la solución hubiera sido positiva, estableciendo dicha resolución una doctrina en consonancia con la nota de calificación del registrador”*. Sin embargo, en mi opinión sí que abordó esta cuestión indirectamente, porque el problema de fondo sigue siendo el mismo, que no es otro que la primera inscripción en el Registro de Bienes Muebles tiene que ser obligatoriamente la del dominio, mientras que en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, la primera inscripción se puede realizar también en virtud de otros títulos jurídicos distintos al del título dominical de la aeronave.

ESPAÑA ANTE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL POR LOS RECORTES A LAS ENERGÍAS RENOVABLES: UNA REPRESENTACIÓN EN TRES ACTOS, POR AHORA

SPAIN BEFORE THE INTERNATIONAL ARBITRATION FOR THE CUT TO RENEWABLE ENERGIES: A REPRESENTATION IN THREE ACTS, FOR NOW

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ*

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha
orcid ID: 0000-0002-2062-967X*

Recibido: 11.07.2017 / Aceptado: 12.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3895>

Resumen: El 4 de mayo de 2017 se hizo público el tercer laudo en relación con la saga de arbitrajes contra España por las medidas en el ámbito energético. Después de dos victorias de España, el tercer laudo en el caso Eiser, ha sido el primero donde el tribunal arbitral ha concedido una indemnización a los demandantes en relación con las medidas aplicadas que suponen un recorte de los incentivos y beneficios ofrecidos para promover la inversión en el sector de energía solar fotovoltaica. La interpretación del tratamiento justo y equitativo en estos casos y, especialmente en el caso Eiser, puede tener un gran impacto en los arbitrajes que todavía están pendientes contra España por las mismas medidas.

Palabras clave: arbitraje de inversiones, energías renovables, medidas legislativas, expropiación indirecta, tratamiento justo y equitativo.

Abstract: On May 4, 2017 the third final award on the Spanish energy arbitration saga was unveiled. After two wins for Spain, the recent award in Eiser case has been the first where the arbitral tribunal has granted damages for the claimants, in relation to the measures applied to cut the incentives and benefits offered to promote investment in the photovoltaic solar power sector. The interpretation of the fair and equitable treatment in these cases, specially in the Eiser case, can have a great impact in the remaining arbitrations against Spain for the same measures.

Keywords: investment arbitration, renewable energies, legislative measures, indirect expropriation, fair and equitable treatment.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión: arbitraje internacional como medio para resolver las disputas inversor-Estado. II. El laudo en el caso Charanne c. España. 1. Los medios eficaces para el ejercicio de los derechos. 2. La expropiación indirecta. 3. El trato justo y equitativo. III. El laudo en el caso Isolux c. España. 1. La pretendida violación del artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía. 2. La pretendida violación del artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía. IV. El laudo en el caso Eiser c. España. 1. Las medidas impugnadas y las reclamaciones presentadas por el inversor. 2. El umbral de la obligación de trato justo y equitativo. V. Una mirada al futuro.

* 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.

I. Planteamiento de la cuestión: arbitraje internacional como medio para resolver las disputas inversor-Estado

1. El 4 de mayo de este año 2017 se hizo público el laudo final en el asunto Eiser c. Reino de España por parte de un tribunal arbitral CIADI, en donde se condena a España por violar sus obligaciones de protección de los inversores extranjeros contempladas en el Tratado de la Carta de la Energía y se fija una indemnización de 128 millones de euros más intereses¹. Es la primera vez que España pierde un arbitraje internacional como consecuencia de las demandas presentadas por los inversores extranjeros en relación con las medidas legislativas tomadas por los distintos gobiernos de nuestro país para reducir, en un primer momento, y posteriormente, eliminar las ayudas e incentivos a la actividad de generación eléctrica, mediante el aprovechamiento de las fuentes de energías renovables y especialmente, la solar fotovoltaica.

2. El fallo de esta sentencia arbitral contrasta con los dos anteriores casos ya resueltos por dos tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, casos Charanne y Construction Investments c. Reino de España² e Isolux Infraestructure c. Reino de España³, donde nuestro país había impuesto sus tesis, defendiendo la legitimidad y legalidad de las acciones regulatorias llevadas a cabo, no pudiendo considerarse que las mismas fueran violatorias de los derechos de los inversores extranjeros.

3. En este momento⁴, por tanto, tenemos ya tres laudos de la que podemos denominar saga de los arbitrajes contra España sobre energías renovables. Una cantidad que irá aumentando en un futuro si tenemos en cuenta que en la actualidad existen al menos 29 demandas contra nuestro país en distintos foros arbitrales⁴, todas ellas, fundamentadas en las pretendidas violaciones de las obligaciones contraídas por España como parte contratante del Tratado de la Carta de la Energía –TCE–⁵.

4. El origen de todas estas demandas hemos de situarlo en la política de atracción de inversiones que diseñó el gobierno español desde los años 2004 a 2008, una política que también siguieron otros países de nuestro entorno⁶. Sin embargo, el marco regulatorio inicial previsto esencialmente en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo y por el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, era con mucho, el más generoso para los inversores en función de los incentivos diseñados para fomentar el uso de energías renovables en la generación de energía eléctrica⁷. Ello provocó, como cabía esperar, que las inversiones tanto de inversores nacionales como de extranjeros creciese de manera exorbitante ante la esperanza de conseguir unos cuantiosos beneficios.

¹ El laudo final puede consultarse en la dirección electrónica https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf, [consultado el 10 de julio de 2017].

² Este laudo puede consultarse en la dirección electrónica <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>, [consultado el 10 de julio de 2017].

³ Aunque este laudo estaba sometido a una estricta obligación de confidencialidad, se ha filtrado muy recientemente su contenido, pudiendo consultarse en la dirección electrónica <http://www.hispanidad.com/wp-content/uploads/2017/06/Laudo-C%C3%A1mara-de-Estocolmo.pdf>, [consultado el 10 de julio de 2017].

⁴ De acuerdo con los datos que manejamos, quedaría una pendiente ante el Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya, otra pendiente ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y las restantes ante el CIADI. Sobre esta cuestión, Vid. La noticia publicada en el diario El País, “España recibe otra demanda tras el revés por las renovables”, de 23 de mayo de 2017, disponible en https://economia.elpais.com/economia/2017/05/23/actualidad/1495564066_623430.html, [consultado el 10 de julio de 2017].

⁵ Vid. A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 7, nº.2, 2014, pp.369-397; S. MEJÍA GARCÍA, “Procedimientos arbitrales contra el Reino de España por los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables”, *La Ley Mercantil*, nº.3, 2014, pp.94-100.

⁶ Así, podemos citar, entre otros, a Alemania, República Checa, Italia, Francia y Eslovaquia.

⁷ M. LÓPEZ ESCUDERO, “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, en *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, Madrid, MAEC, 2014, pp.228-229.

5. Sin embargo, la dura realidad de la crisis económica mundial cambió de manera radical los presupuestos y circunstancias sobre los que se había basado este régimen especial de producción de energía eléctrica. Las cuentas del Estado comenzaron a deteriorarse, y en concreto, en relación con el sector eléctrico, los siguientes años mostraron un aumento importantísimo del déficit tarifario, en gran medida por la creciente retribución en forma de ayudas a las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica, apoyada por su mejora de la competitividad debida al progreso en el campo tecnológico⁸.

6. Podemos señalar que dos grandes modificaciones se produjeron sobre este marco regulatorio inicial en los siguientes años para intentar parar la sangría de pérdidas económicas para el Estado en el sector eléctrico: una primera que podemos llamar “el paquete de medidas regulatorias del 2010” -básicamente RD 1565/2010 y RDL 14/2010- que supone, a grandes rasgos, una reducción o recorte de los incentivos inicialmente diseñados, y el “paquete de medidas regulatorias del 2013-2014” –especialmente RDL 9/2103, RD 413/2014 y Orden Ministerial IET/1045/2014– que implica la eliminación completa de dichos incentivos. Este radical cambio regulatorio, mediante medidas legislativas continuas, se puede decir que es, por tanto, la razón fundamental que está detrás de los litigios en los que actualmente se ha visto envuelto nuestro país mediante la iniciación de arbitrajes internacionales por parte de los inversores extranjeros en instalaciones fotovoltaicas en territorio español, que argumentan que estos cambios legislativos suponen una violación de las obligaciones de protección asumidas por España como Estado contratante en el Tratado de la Carta de la Energía.

7. La posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral en donde se valore sobre la legitimidad y legalidad de dichas medidas regulatorias adoptadas por el gobierno español a la luz de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, sólo cabe a los inversores extranjeros. Tal y como ya hemos dicho, numerosos inversores nacionales también realizaron cuantiosas inversiones en este ámbito como consecuencia del régimen de incentivos diseñado. Y de la misma manera que los inversores extranjeros, vieron que en un primer momento se recortaban los incentivos concedidos y posteriormente, se eliminaban los mismos. Para reclamar frente a la adopción de estas medidas que perjudica gravemente sus intereses, los inversores nacionales han de acudir necesariamente a los tribunales españoles, cosa que ha sucedido en cientos de casos, que han llegado finalmente al Tribunal Supremo. Del mismo modo, varios gobiernos de Comunidades Autónomas han presentado recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, frente a las medidas regulatorias en cuestión. En ambas vías, de forma general, se ha argumentado por parte de los reclamantes que los cambios regulatorios violan los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima, y en todos los casos, con la excepción muy poco cuantitativa de los supuestos de instalaciones de tratamiento y reducción del purín, la jurisdicción española ha rechazado dichas pretensiones⁹.

8. Por el contrario, los inversores extranjeros, que también tienen la posibilidad de acudir a los tribunales del Estado de recepción de la inversión, en este caso, los tribunales españoles, tienen una segunda opción fundamentada en el Derecho internacional de inversiones¹⁰. En efecto, este Derecho internacional se basa en la actualidad en una serie de Tratados internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, de protección de inversiones. Dichos Convenios responden de manera general a una misma estructura, distinguiéndose entre los aspectos sustantivos y los aspectos procesales de protección. Por una parte, establecen una protección sustancial en favor de los inversores de una de las partes cuando

⁸ Sobre esta cuestión, puede consultarse los trabajos publicados en la obra conjunta *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015.

⁹ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ Y P. NAVARRO RODRÍGUEZ, “Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: distintas soluciones para un mismo problema”, en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, pp.192-198.

¹⁰ Es verdad que no sólo los inversores extranjeros tienen abierta esta vía, sino también el gran inversor español con filiales o sociedades vinculadas al extranjero, lo que provoca una sensación de injusticia respecto de los pequeños inversores nacionales, tal y como pone de manifiesto I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los “recortes” en el ámbito de las energías renovables”, *La Ley*, nº.9013, 4 de julio de 2017, p.2.

realiza sus inversiones en el territorio de otra parte contratante. Esta protección sustancial se plasma en un conjunto de derechos de los inversores, también denominados estándares de protección tanto de tipo absoluto como relativo, entre los que se suelen incluir, entre otros, el tratamiento justo y equitativo, la plena protección y seguridad, el principio de no discriminación, la cláusula de la nación más favorecida, la protección del inversor frente la expropiación y, un compromiso de permitir la libre transferencia de rentas. Junto con dicha protección sustantiva y para que la misma se pueda hacer efectiva en la práctica, se incorporan una serie de disposiciones sobre arreglo de controversias inversor-Estado. En las mismas y de manera casi unánime, se ha incluido como método preferente y general, al arbitraje internacional¹¹.

9. Al esquema que acabamos de exponer responde precisamente el Tratado de la Carta de la Energía, fundamento de los procedimientos arbitrales abiertos hoy en día frente a España¹². Este Convenio multilateral incluye una serie de derechos de los inversores extranjeros –protección sustantiva–, que es acompañada por la opción de iniciar un arbitraje internacional frente a un Estado por parte de un inversor si considera que las acciones o medidas estatales discutidas suponen una violación de las obligaciones de protección contempladas. En concreto, otorgado el consentimiento avanzado para acudir al arbitraje por la parte estatal en la propia disposición de arreglo de controversias inversor-Estado, el artículo 26.4 del Tratado otorga a la parte inversora la triple posibilidad de acudir bien ante un arbitraje CIADI, o ante un arbitraje ad hoc siguiendo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, o bien ante un arbitraje a desarrollar en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

10. Con estas premisas, el objeto del presente trabajo lo centraremos desde este momento, en el análisis de los laudos adoptados hasta ahora y especialmente, en las cuestiones debatidas sobre el fondo de la disputa¹³, particularmente sobre la alegada violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, que es donde reside la esencial diferencia para que en el caso Eiser se haya condenado a España, por primera vez, al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

II. El laudo en el caso Charanne c. España

11. El laudo en el caso Charanne c. Reino de España fue dictado el 21 de enero de 2016. Antes de nada, una primera consideración es importante para distinguir la conclusión a la que llegó este tribunal: en este primer caso, únicamente se impugnaron el paquete de medidas regulatorias del 2010. En concreto, la parte demandante alegó que nuestro país había incumplido lo previsto en el Tratado de la Carta de la Energía y, en concreto, que había violado el artículo 13 que contempla la obligación de no expropiar de manera injustificada y desproporcionadamente, que había incumplido el artículo 10.12 que contempla la obligación de establecer en el Ordenamiento nacional los medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derechos y, por último, que se había violado el artículo 10.1 que contiene la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo¹⁴.

¹¹ Hay que señalar que este esquema de solución de controversias ha sido puesto en entredicho en los últimos años, especialmente por parte de la Unión Europea, que defiende la necesidad de cambiar el modelo, incorporando la creación de un tribunal internacional de inversiones en sustitución del arbitraje internacional en los más recientes Acuerdos de Inversiones, como son el CETA o el celebrado con Vietnam. La idea ahora de la Comisión Europea, apoyada por parte de Canadá, es extrapolar este sistema a un marco multilateral mediante la creación de un tribunal multilateral de inversiones. Vid. sobre estas cuestiones, E. FERNÁNDEZ MASÍA, “El arbitraje inversor-Estado como víctima del movimiento “antiglobalización””, en *Justicia civil y penal en la era global*, S. Barona Vilar (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.265-291.

¹² M. LÓPEZ ESCUDERO, “Arbitrajes de inversiones contra España...”, op.cit., pp.243-245.

¹³ Sobre las objeciones presentadas en relación con la jurisdicción y admisibilidad y los razonamientos de los tribunales en estos casos, puede consultarse M. REQUENA CASANOVA, “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Jurisdicción)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol.68, nº.2, 2016, pp.359-367; J. E. SORIANO Y J. L. IRIARTE, “Reflexiones procesales sobre el laudo final dictado el 21 de enero de 2016 (Reino de España asunto fotovoltaicas) con resumen del mismo”, *Arbitraje: revista de arbitraje y de inversiones*, Vol.9, nº.2, 2016, pp.465-498; I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “A propósito del primer laudo...”, op.cit., pp.3-4.

¹⁴ Un análisis del contenido de este laudo puede encontrarse en los trabajos de V. R. HERNÁNDEZ MENDIBLE, *Revista de Administración Pública*, nº.202, 2017, pp.223-253; F. PASCUAL VIVES, “El régimen de promoción de las energías renovables

1. Los medios eficaces para el ejercicio de los derechos

12. En relación con la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos¹⁵, la parte demandante alegó que el demandado, cuando modificó los requisitos y condiciones introduciendo los cambios mediante un acto normativo como el Real Decreto-Ley 14/2010, les privaba de poder atacarlos mediante la presentación de un recurso en el orden contencioso-administrativo dada la naturaleza jurídica de dicho acto normativo.

13. El tribunal, para valorar esta cuestión, señaló que esta obligación no impone a un Estado la necesidad de establecer una determinada y concreta organización de su sistema judicial, sino que el sistema de leyes y de recursos judiciales que se ponga a disposición de los justiciables ha de funcionar de una manera efectiva. En concreto, y en relación con el sistema judicial español, el tribunal consideró que las vías proporcionadas eran suficientes para cumplir este estándar de protección de medios eficaces, pues en todo caso, cabe dos vías de impugnación. Así, en primer lugar, el inversor puede cuestionar la validez de este tipo de actos jurídicos cuando en un procedimiento ordinario que cuestione actos de desarrollo o de aplicación de este Real Decreto se pida que se eleve por parte del juez una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. Del mismo modo, en segundo lugar, siempre es posible la posibilidad de plantear una demanda de responsabilidad patrimonial contra el Estado¹⁶.

2. La expropiación indirecta

14. Por lo que concierne a la pretendida violación de la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente, el artículo 10.3 del Tratado de la Carta de la Energía prohíbe medidas de nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente, salvo por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva¹⁷. Para el demandante, la adopción por parte de España de las medidas regulatorias constituía una expropiación indirecta de los rendimientos derivados de sus activos, produciéndose un brutal impacto económico en la actividad desarrollada.

15. El tribunal examinó dicha pretensión considerando dos cuestiones¹⁸. La primera se refería a que la inversión protegida por el Tratado debe estar en posesión o bajo el control del inversor en el momento de adopción de las medidas controvertidas, y en este caso, lo que se posee por parte de la demandante es una participación en acciones en una sociedad mercantil, pero no los rendimientos futuros de la empresa. La segunda cuestión, se refiere al propio concepto de expropiación indirecta.

16. A juicio del tribunal arbitral, para que pueda considerarse una expropiación no basta con que la rentabilidad de las acciones poseídas en la empresa se ve seriamente afectada, sino que es preciso que la pérdida de valor ha de ser de tal magnitud que equivalga a la privación total o parcial de la inversión. Para el tribunal, la adopción de las medidas regulatorias ha supuesto una reducción de la rentabilidad de las plantas fotovoltaicas, pero incluso ésta se ha seguido manteniendo positiva, tal y como la propia parte demandante admite, por lo que ni mucho menos queda probado que las medidas impugnadas hayan tenido efectos equivalentes a una expropiación, que hayan provocado que el valor de la inversión se haya destruido.

español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Fondo)", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol.68, n.º.2, 2016, pp.369-377.

¹⁵ Sobre este estándar de protección muy recientemente, O. M. GARIBALDI, "Effective Means to Assert Claims and Enforce Rights", en *Building International Law. The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2016, pp.359-374.

¹⁶ Laudo, cit., párr. 471-472.

¹⁷ Sobre el concepto de expropiación indirecta y la jurisprudencia arbitral, I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, *El arbitraje en los litigios de expropiación en inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010, pp.285-317.

¹⁸ Laudo cit., párr.459-466.

3. El trato justo y equitativo

17. Por lo que se refiere a la violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo¹⁹, la parte demandante alega que, por una parte, se ha producido una alteración inesperada del marco regulatorio y económico que le era aplicable, vulnerando sus legítimas expectativas. Además, en segundo lugar, también se viola este principio por los actos jurídicos impugnados ya que se conculcan sus derechos adquiridos, al desplegar efectos retroactivos.

18. El tribunal respecto de la primera cuestión referida a la alteración del marco regulatorio y vulneración de las expectativas legítimas del inversor, comenzó por aclarar que el objeto del litigio se centraba únicamente en el paquete de medidas regulatorias del 2010 y por ello no podía entrar a valorar las posteriores medidas legislativas y si todo el conjunto de la mismas está falto de claridad y supone un ejercicio de inestabilidad regulatoria²⁰.

19. Aclarado lo anterior, el tribunal consideró que es de una importancia esencial para valorar si se ha violado la obligación de trato justo y equitativo, la existencia de unas legítimas expectativas por parte del inversor. Y ello porque se señala que, como expresión del principio de buena fe en el Derecho internacional consuetudinario, un Estado no puede inducir a un inversor a realizar una inversión, generando unas expectativas legítimas, para luego desconocer los compromisos que hayan generado dichas expectativas²¹.

20. La generación de estas legítimas expectativas ha de proceder o bien de un compromiso específico o bien del conjunto de normas jurídicas que, aunque no han sido dirigidas específicamente a un inversor en particular, han sido adoptadas con el fin de inducir a realizar la inversión y en las que el inversor extranjero se basó para hacerla. Desechada la idea de que la adopción de las normas regulatorias impugnadas pudiera considerarse un compromiso específico como pudiera ser una cláusula de estabilización, la discusión se centró en valorar si el conjunto del ordenamiento jurídico español vigente en el momento de realizar la inversión podía generar dichas legítimas expectativas y, si eso había sido así, además cuales o de que tipo²².

21. Para realizar tal análisis, ha de partirse de un estándar objetivo, no siendo suficiente la mera convicción subjetiva del inversor en el momento de realizar la inversión. E igualmente, como segundo presupuesto, se hace preciso valorar que la generación de la expectativa haya sido razonable en el caso concreto, siendo especialmente relevante en este caso tomar en consideración las posibles representaciones realizadas por el Estado para inducir a realizar la inversión.

22. Para el tribunal, en este caso, lo verdaderamente importante es conocer si se había creado la expectativa legítima de que el marco regulatorio permanecería inmutable durante toda la vida útil de las plantas fotovoltaicas, llegando a la conclusión de que ello no podía aceptarse, pues admitir la existencia de semejante expectativa sería el equivalente a congelar el marco regulatorio aplicable²³. Junto con lo anterior, además, el tribunal afirma que, para valorar la existencia de unas expectativas legítimas, se requiere igualmente examinar la conducta de los inversores y especialmente se precisa que éstos hayan realizado un análisis diligente del marco jurídico de su inversión. En este caso concreto, se rechaza que las medidas concretas no fueran previsibles en el momento de la inversión, pues tanto la legislación como la jurisprudencia española eran claras sobre la posibilidad de modificarse el sistema de retribución establecido²⁴.

¹⁹ Sobre el contenido de esta obligación y la práctica arbitral, M. JACOB Y S. W. SCHILL, "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method", en *International Investment Law. A Handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp.700-763; M. LÓPEZ ESCUDERO, "Arbitrajes de inversiones contra España...", op.cit., pp.261-263.

²⁰ Laudo cit., párr.483.

²¹ Ibid., párr.486.

²² Ibid., párr.490-493.

²³ Ibid., párr.503.

²⁴ Ibid., párr.505-507.

23. Por tanto, el tribunal concluye que no cabe la existencia de una expectativa razonable, a falta de un compromiso específico, de que el marco regulatorio no pueda ser modificado para adaptarse a las condiciones del mercado y el interés público, esto es, se reconoce al Estado un cierto margen de discreción, o si queremos llamarlo así, de flexibilidad, en el ejercicio de su poder regulatorio en determinados sectores de importancia económica vital²⁵.

24. Sin embargo, dicho ejercicio no está exento de límites. Así, lo reconoce seguidamente el tribunal al estimar que, en todo caso, se frustrarían las expectativas legítimas del inversor y se produciría una violación de la obligación del trato justo y equitativo, si las modificaciones o cambios regulatorios fueran realizados por el Estado de manera irrazonable, contrariamente al orden público o de forma desproporcionada²⁶. Aplicando a las circunstancias concretas del caso estos límites, el tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

- a) En primer lugar, y en relación con el umbral de proporcionalidad, éste se considera satisfecho siempre y cuando las modificaciones del marco regulatorio inicial no se hayan realizado de manera caprichosa o innecesaria, y que las características esenciales de tal regulación no se supriman de manera imprevisible o repentina. Para el tribunal, las reformas del paquete “de medidas regulatorias del 2010” no eran desproporcionadas porque no suprimieron las características fundamentales del marco regulatorio conforme al cual se realizó la inversión, pues en todo caso, los operadores fotovoltaicos mantuvieron su derecho a percibir una tarifa (FIT), y la posibilidad de vender de manera prioritaria la totalidad de su producción en el sistema²⁷.
- b) En segundo lugar, el tribunal también rechazó la posibilidad de considerar que las medidas impugnadas pudieran considerarse irracionales. Por el contrario, las medidas implementadas responden a circunstancias y criterios objetivos: por una parte, la limitación de la tarifa a treinta años se corresponde con la vida útil esperada de una planta de generación fotovoltaica y la limitación de horas elegibles responde a un criterio basado en la zona climática donde tenga su ubicación la planta concreta²⁸.
- c) Por último y, en tercer lugar, y en relación a la posible contrariedad con el interés público, el tribunal estima que precisamente dichas medidas regulatorias se habían implementado para tratar de limitar el déficit y la evolución del precio²⁹.

25. Por todas las anteriores razones, el tribunal declara que las normas impugnadas no pueden considerarse irrazonables, arbitrarias, contrarias al interés público o desproporcionadas. Tampoco son incoherentes o injustas, con lo cual no existe violación alguna de la obligación contemplada en el artículo 10.1 del Tratado de la Carta de la Energía³⁰.

26. Respecto de la violación del estándar del trato justo y equitativo en relación con el carácter retroactivo de las medidas regulatorias impugnadas y la afectación de los derechos adquiridos por parte de los inversores, cuestión que sería incompatible con el artículo 10.1 del Tratado de la Carta de la

²⁵ En este sentido, F. PASCUAL VIVES, “El régimen de promoción de las energías renovables...”, op.cit., p.372, llama la atención sobre la existencia de una incipiente tendencia en el Derecho internacional económico por el reconocimiento a los Estados de un cierto margen de apreciación y discreción en el ejercicio de su poder legislativo sobre los más importantes sectores económicos. Podemos afirmar que esta idea la encontramos en el reciente texto del CETA, donde existe un cambio de la regulación a nivel de la protección sustancial otorgada a los inversores. Sobre esta cuestión, E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Los mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado en una encrucijada: del arbitraje a la creación de un Tribunal Multilateral, ¿pasando por un sistema de Tribunales Internacionales de Inversiones?”, en *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, K. Fach Gómez (ed.), Barcelona, Bosch, 2107, pp.157-160.

²⁶ Laudo cit., párr.513-515.

²⁷ Ibid., párr..517-533.

²⁸ Ibid., párr.534.

²⁹ Ibid., párr.536.

³⁰ Ibid., párr..540. Téngase en cuenta la existencia de la opinión disidente de la mayoría del árbitro G. Tawil, quién estimó que si se habían generado legítimas expectativas para el inversor en este caso por parte del Estado español. Puede consultarse en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7048_0.pdf, [consultado el 10 de julio de 2017].

Energía, el tribunal no acepta el argumento defendido por los inversores. Para el tribunal, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo no puede implicar en ningún caso la posibilidad de que el marco regulatorio ha de mantenerse igual para todas las plantas elegibles a lo largo de su vida útil. Semejante postura, se señala, llevaría, en efecto, a congelar el marco regulatorio, limitando cualquier cambio de la regulación a nuevas plantas de generación que se instalaran con posterioridad. Concluye, por tanto, el tribunal declarando que no existe aplicación retroactiva a los periodos de operación anterior, ya que las medidas regulatorias sólo se aplican a partir de su entrada en vigor a las plantas que ya operan³¹.

III. El laudo en el caso *Isolux c. España*

27. El segundo de los laudos dictados fue en el caso *Isolux c. Reino de España* el 12 de julio de 2016. Constituye la segunda victoria del Estado español, pues el tribunal arbitral rechazó todas las pretensiones de la parte demandante. Sin embargo, existe una diferencia esencial respecto del citado caso *Charanne*. En este caso, se impugnaron el paquete de “medidas regulatorias del 2013”, especialmente, el RDL 2/2013 y el RDL 9/2013 que eliminaron por completo los incentivos. La parte demandante estimaba que las distintas medidas regulatorias adoptadas por España que modificaron el marco inicial establecido en 2007 violaban las obligaciones contempladas en el artículo 10 y en el artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía.

1. La pretendida violación del artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía

28. Respecto el artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía, se alegaba por la parte demandante que eran tres las obligaciones violadas por la adopción de los actos normativos impugnados: la obligación de conceder un trato justo y equitativo, la obligación de asegurar una protección y seguridad completa a la inversión y, por último, la obligación de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones.

29. Respecto de la pretendida violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, el tribunal se centra en delimitar cuando se puede entender que se han generado expectativas legítimas al inversor, lo cual ha de realizarse mediante un juicio objetivo, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Entre estas circunstancias es preciso tomar en consideración, de manera muy relevante, la propia conducta diligente del inversor y la información con la que contaba éste en el momento de realizar la inversión³². Y en este caso concreto, para el tribunal, el marco regulatorio existente –con las modificaciones que se habían venido produciendo con anterioridad y los estudios e informes que se estaban haciendo sobre su futura reforma– en la fecha en que realizó la inversión –el 29 de octubre de 2012–, no podía generar una expectativa razonable de que dicho marco no sería modificado con posterioridad. Lo más que pudo generarse como expectativa legítima para el inversor era la consecución de una rentabilidad razonable de la inversión.

30. El Estado español había ido modificando el marco regulatorio varias veces con anterioridad a la fecha de la inversión, teniendo la posibilidad de adaptarlo tomando en consideración las necesidades técnicas y económicas de cada momento. Una actuación estatal que además se ha considerado legal y legítima por parte de la jurisprudencia española, siempre que se garantice al inversor una rentabilidad razonable de la inversión, y que era conocida por parte del inversor cuando realizó la inversión³³. Por ello, finalmente, y tras confirmar que no había existido irretroactividad de las medidas, puesto que no se obliga a devolver las retribuciones cobradas con anterioridad a la entrada en vigor de los actos jurídicos impugnados, el tribunal arbitral apreció que no había existido una violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo³⁴.

³¹ Laudo cit., párr. 546.

³² Laudo cit., párr. 778-781.

³³ *Ibid.*, párr. 788-791.

³⁴ *Ibid.* párr. 815.

31. Respecto a la pretendida violación de asegurar una protección y seguridad completa a la inversión, el tribunal estima que en este caso la demandante no puede hacer valer este estándar de protección frente a la pretendida inestabilidad del marco regulatorio³⁵, pues el fin de dicha obligación es otro muy distinto: garantizar al inversor frente a los posibles actos que puedan causar daños llevados a cabo por terceros o por agentes del propio Estado³⁶.

32. En relación con la pretendida violación de no perjudicar medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones, el tribunal estima que, en este caso concreto, además de que no pueden considerarse irrazonables las medidas adoptadas con el objetivo de proteger al consumidor, éstas últimas hayan tenido un efecto negativo sobre la rentabilidad de las inversiones³⁷.

2. La pretendida violación del artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía

33. En relación con el artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía, el demandante alegaba que se había violado la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente, pues las medidas regulatorias impugnadas habían tenido como efecto una privación sustancial de la inversión. La argumentación de la parte demandante en este caso fue similar a aquella que había sido hecha por la parte actora en el caso Charanne.

34. En este caso, el tribunal estimó que, a pesar de que el objeto de protección son las acciones y no los rendimientos, la protección concedida por el artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía se extiende tanto a la titularidad de las acciones como al valor de las mismas. Por ello, una disminución de los rendimientos de la inversión como consecuencia de las medidas estatales puede ser representativa de la disminución del valor económico de la inversión, y si tal disminución es sustancial y significativa, reflejar la existencia de una expropiación indirecta³⁸. Tras afirmar lo anterior, el tribunal se centró en la cuestión esencial, en consecuencia, y que no era tras, más que determinar si las medidas regulatorias adoptadas por España tenían un efecto expropiatorio sobre la inversión. En este caso y, tras valorar los informes periciales presentados, no podía ni mucho menos afirmarse que pudiera hablarse de una pérdida radical o severa, pues a juicio del tribunal, incluso la rentabilidad actual era superior a aquella de la que gozaban las instalaciones fotovoltaicas en el momento de realizar la inversión³⁹. Por todo lo anterior, finalmente se rechazó también esta pretensión del demandante.

IV. El laudo en el caso Eiser c. España

1. Las medidas impugnadas y las reclamaciones presentadas por el inversor

35. Tal y como ya hemos señalado, el 4 de mayo de 2017 se emitió el laudo en el caso Eiser c. Reino de España y en este caso, el tribunal sí que estimó gran parte de las pretensiones de la parte demandante. En concreto, en este caso, Eiser impugnó las distintas medidas regulatorias adoptadas por el gobierno español desde el año 2007 –año en donde se establece de manera general el marco regulatorio inicial basado en una serie de incentivos a la producción– y que pasan por un primer paquete de medidas regulatorias del 2010 –donde se recortan dichos incentivos– y un segundo paquete de medidas regulatorias del 2013-14, donde prácticamente se elimina cualquier tipo de incentivo. Dichas últimas medidas, específicamente, el Real Decreto 8/2013, Real Decreto 413/2014 y la Orden Ministerial IET/1045/2014, suponen para el demandante, de acuerdo con lo contemplado en el Tratado de la Carta de la Energía, una

³⁵ Ibid., párr.816-819.

³⁶ Sobre el estándar de plena protección y seguridad, R. A. LORZ, “Protection and Security”, en *International Investment Law*, op.cit., pp.764-789.

³⁷ Laudo cit., párr.820-825.

³⁸ Ibid. párr.835-836.

³⁹ Ibid. párr. 843-852.

expropiación de sus inversiones, violación del trato justo y equitativo, sometimiento de las inversiones a medidas exorbitantes y, por último, no honrar los compromisos asumidos por España con dichas inversiones. Estas cuatro reclamaciones, sin embargo, a juicio del tribunal, y en razón de argumentos de “economía judicial”, deberían todas ser examinadas conjuntamente considerando si las medidas impugnadas han violado la obligación contemplada en el artículo 10.1 del Tratado de la Carta de la Energía, esto es, la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo⁴⁰.

2. El umbral de la obligación de trato justo y equitativo

36. En nuestra opinión, aquí se centra la cuestión esencial a dilucidar en este arbitraje y en concreto, en qué consiste esta obligación y cuál es el umbral o los límites a partir de los cuales su violación supone incurrir en responsabilidad internacional por parte del Estado receptor de la inversión⁴¹. Para realizar tal análisis, el tribunal en este caso ha seguido una aproximación similar a la ya realizada en el caso Charanne, aunque las conclusiones a las que ha llegado sean totalmente diferentes. Hay que señalar, que este tribunal en el caso Eiser no ha tomado en consideración el laudo Isolux, a pesar de una solicitud de la parte demandada en este sentido, pues dicho laudo estaba sometido en ese momento a un estricto carácter de confidencialidad.

37. El tribunal comienza afirmando que el estándar de otorgar un trato justo y equitativo no impide el derecho a regular por parte de los Estados, especialmente, porque estos tienen la que adaptar el marco regulatorio a las cambiantes circunstancias económicas, políticas y legales futuras. En consecuencia, a falta de compromisos específicos, no puede existir una expectativa legítima por parte del inversor de inmutabilidad del marco regulatorio inicial⁴². Cuestión que, como ya hemos visto, ya había señalado el tribunal en el caso Charanne.

38. Sin embargo, el tribunal en este caso, trata de distinguir la situación fáctica en este supuesto de aquél que tuvo que enjuiciar el órgano arbitral en el caso Charanne. En efecto, como ya hemos señalado, en este último laudo únicamente se pronuncia sobre el paquete de medidas del 2010 y no sobre las medidas legislativas posteriores, en particular, sobre el paquete de medidas del 2013-2014. En este sentido, ya el propio tribunal arbitral en el caso Charanne alertó sobre esta cuestión, pues señaló que no se pretende prejuzgar “...de manera alguna las conclusiones a las que podría llegar otro tribunal arbitral con base en el análisis del conjunto de las normas adoptadas hasta la fecha, incluyendo las normas del 2013, que han quedado por elección de las partes fuera del análisis sometido a este tribunal”⁴³. Consecuentemente, el tribunal arbitral en el caso Eiser, distingue los dos casos, declarando que “*las medidas cuestionadas en Charanne tuvieron efectos mucho menos dramáticos que las medidas materia de este caso*”⁴⁴.

39. La idea que podemos extraer de lo señalado por el tribunal arbitral es que el ejercicio del derecho a regular por parte del Estado tiene, sin embargo, también límites y la consiguiente violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo se puede producir si estos límites se sobrepasan. El derecho a regular se puede ejercitar de forma flexible, pero en todo caso, ha de mantener la estabilidad en las características fundamentales del marco regulatorio en el que se han basado los inversores para realizar tal inversión. En todo caso y en este sentido, el tribunal subraya que la obligación del artículo 10.1 del TCE de otorgar un trato justo y equitativo significa que los regímenes regulatorios aplicables a

⁴⁰ Laudo cit., párr.350-356.

⁴¹ Téngase en cuenta que la parte demandada presentó extemporáneamente una nueva defensa basada en que las inversiones realizadas por la parte demandante no podían acogerse al régimen contemplado en el marco regulatorio inicial del 2007 pues las instalaciones donde se había invertido superaban el límite máximo de potencia que marcaba la legislación para poder beneficiarse del régimen especial previsto. Esta argumentación, sin embargo, no fue apoyada con posterioridad por un convincente arsenal de pruebas, tanto periciales como documentales, sino que, por el contrario, la opinión de los expertos presentados fue muy débil en sus razonamientos incurriendo en contradicciones y en falta de rigor. Vid. Laudo cit., párr.340-342.

⁴² Ibid. párr. 362.

⁴³ Laudo cit., párr.542.

⁴⁴ Laudo cit., párr. 368.

las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos regímenes del valor de su inversión⁴⁵.

40. Dicho de otra manera, y siguiendo la argumentación de Charanne, el tribunal en este caso retoma la idea de que cuando un Estado modifica su legislación, el inversor mantiene la expectativa razonable de que dicha actuación no será irrazonable, desproporcionada o contraria al interés público. En particular, el tribunal estima que una medida no es desproporcionada o irracional, siempre que el cambio no sea caprichoso o innecesario y que no llegue a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente⁴⁶.

41. A juicio del tribunal en el caso Eiser, es verdad, por consiguiente, que la parte demandante no puede esperar que no existan cambios en el tiempo del marco regulatorio inicial, pero, en este caso concreto, las medidas regulatorias del 2013-14 suponen una modificación total e irrazonable, que destruyen el valor de la inversión. Implican, tras analizar los informes periciales y los testimonios de los testigos, un cambio del régimen regulatorio, basado en un enfoque normativo nuevo y no probado, con el objetivo de reducir significativamente los subsidios a las plantas existentes, fundamentado en premisas y supuestos totalmente diferentes⁴⁷.

42. En particular, el nuevo régimen culminado por la Orden Ministerial IET/1045/2014, contempla un sistema que utiliza una hipotética nueva “planta tipo” para calcular la remuneración de las plantas ya existentes que habían sido proyectadas, construidas y financiadas confiando en el sistema previsto inicial del año 2007. Y para el tribunal, la elaboración y diseño de este sistema no toman en consideración las características reales y los costos verdaderos asociados a la construcción y financiación de las plantas instaladas y en funcionamiento⁴⁸. En la práctica, y corroborado por los informes periciales y el testimonio de los peritos, se había producido una importantísima reducción de los ingresos previstos conforme al marco regulatorio inicial, que no permitía siquiera hacer frente al pago de la deuda frente a los prestamistas externos. Todo ello, privaba a la parte demandante del valor total de su inversión, por lo que el tribunal estimó finalmente que se había violado por parte de España su obligación de otorgar un trato justo y equitativo en este caso.

V. Una mirada al futuro

43. Vistos estos casos y la resolución de los mismos, ¿qué podemos aventurar para el futuro ante la avalancha de próximos laudos sobre los asuntos pendientes sobre esta cuestión? Pues bien, antes de cualquier otra consideración es preciso señalar que en esta materia no existe la doctrina del precedente. Cada asunto es enjuiciado de una manera independiente por un nuevo tribunal arbitral, que está a su vez conformado generalmente por tres nuevos miembros distintos para cada caso y que las circunstancias fácticas y las argumentaciones jurídicas presentadas por las partes también son diferentes en cada supuesto.

44. Ahora bien, lo anterior no impide afirmar que, generalmente, los tribunales arbitrales suelen apoyar sus argumentos en los razonamientos jurídicos de otros tribunales que se han visto confrontados a supuestos similares. Por tanto, y con las debidas matizaciones, aunque no cabe hablar de precedente jurídico, si podemos hablar de un precedente fáctico. Y aquí, en particular, las cuestiones más importantes sobre las que deberán girar los razonamientos de otros tribunales residen en los diferentes efectos de las distintas medidas regulatorias impugnadas y sobre todo, el umbral requerido para considerar violado el principio del tratamiento justo y equitativo que, como hemos visto, no parece en gran medida ser diferente en los casos Charanne y Eiser, pero si es matizado en el caso Isolux, donde se otorga una importancia muy relevante a la conducta del propio inversor.

⁴⁵ Ibid., párr. 382.

⁴⁶ Ibid. párr.370, retomando los razonamientos del laudo en el caso Charanne, cit., párr.514-517.

⁴⁷ Ibid. párr.390-391.

⁴⁸ Ibid. párr.413-414.

LOS DOCUMENTOS PRIVADOS Y EL REGLAMENTO 1393/2007 DE NOTIFICACIONES Y TRASLADO

PRIVATE DOCUMENTS AND REGULATION N° 1393/2007 ON THE SERVICE OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL DOCUMENTS

ISABEL REIG FABADO
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valencia

Recibido: 13.07.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3896>

Resumen: El TJUE desarrolla el concepto autónomo de “documento extrajudicial” del artículo 16 del Reglamento 1393/2007 sobre notificaciones y traslado en la Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2015, *Tecom*, as. C-223/14. Concretamente, en relación con la inclusión en el mismo de los documentos privados cuya transmisión sea necesaria para el ejercicio de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil. Asimismo, incide en la interpretación del modelo de transmisión de documentos extrajudiciales estableciendo un sistema flexible que combina diferentes mecanismos de transmisión en relación de alternatividad y con la posibilidad de utilizarlos simultánea y sucesivamente, sin necesidad de control previo por parte de las autoridades o personal competente.

Palabras clave: notificación y traslado de documentos extrajudiciales, Reglamento 1393/2007, documentos privados.

Abstract: The CJEU develops further the autonomous concept of an “extrajudicial document” per article 16 of Regulation 1393/2007 on the service of judicial and extrajudicial documents in it’s Judgment of November 11, 2015, *Tecom*, Case C-223/14. Specifically, in relation to the inclusion of private documents whose transmission is necessary for the exercise of a right or a legal claim in civil or commercial matters. Likewise, it construes the interpretation of the model of transmission of extrajudicial documents establishing a flexible system that combines alternative transmission mechanisms with the possibility of using them simultaneously and successively, without the need for prior control by the authorities or competent personnel.

Keywords: notification and transfer of extrajudicial documents, Regulation 1393/2007, private documents.

Sumario: I. Introducción. 1. Hechos de la Sentencia. 2. Cuestiones prejudiciales. II. Los documentos privados y el ámbito de aplicación del Reglamento 1393/2007. III. El carácter no jerarquizado y la simultaneidad de las vías previstas en el Reglamento 1393/2007. IV. La improcedencia del control del carácter transfronterizo o de la afección al buen funcionamiento del mercado interior de las transmisiones. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales del Reglamento 1393/2007¹ es un instrumento de la cooperación judicial en materia civil que favorece el buen funcionamiento del mercado interior y colabora al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Sobre esta base de principios fundamentales del Derecho de la UE, no cabe duda sobre la importancia de estos aspectos procesales que están directamente relacionados con la tutela judicial efectiva y con el criterio gravitacional del domicilio del demandado. La notificación y traslado de documentos extrajudiciales plantea una extrapolación de los criterios procesales hacia un horizonte mucho más dinámico y abierto en la realización de derechos y pretensiones jurídicas de todos los ciudadanos que tienen su domicilio en la UE.

2. La amplitud de dicho horizonte quizá ha ralentizado la aceptación de los documentos privados con trascendencia jurídica como parte del contenido del concepto autónomo de “documentos judiciales” del artículo 16 del Reglamento 1393/2007. En esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de 11 de noviembre de 2015, en el asunto *Tecom*, se consolida la herencia de la jurisprudencia anterior y se aportan nuevos elementos en la configuración de un modelo flexible y casuístico de transmisión de documentos extrajudiciales. Concretamente, en relación con la consideración como documentos extrajudiciales de los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en otro Estado miembro sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil.

1. Los hechos de la Sentencia

3. El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria eleva una cuestión prejudicial al TJUE en relación con la negativa del Secretario judicial de este Juzgado de proceder a una notificación a través del órgano alemán competente. La notificación se refería a un escrito de requerimiento sobre reclamación de pago en concepto de indemnización por clientela y de las comisiones debidas y, con carácter subsidiario, la comunicación de información contable. Esta negativa se contextualiza en un contrato de agencia celebrado entre la empresa española *Tecom* y la alemana *MAN Diesel*, que esta última resolvió unilateralmente. Ante esta situación, y previendo que, según la legislación española, el plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización por clientela se da al año de la extinción del contrato, la empresa española *Tecom* decide establecer diferentes vías de transmisión de la reclamación a la empresa alemana.

4. De esta suerte, cuando se produce la negativa de la transmisión por parte del Secretario judicial de las Palmas, ya se había remitido con anterioridad a la empresa alemana un requerimiento notarial formalizado ante notario español para dejar constancia en acta pública notarial. En su negativa, el Secretario judicial alegaba que no existía procedimiento judicial alguno en cuyo marco fuera necesaria la práctica del acto de auxilio judicial solicitado. Al día siguiente *Tecom* interpone recurso de reposición contra la resolución denegatoria y, un día después, vuelve a realizar una notificación a *MAN Diesel* por vía de notario español con las mismas pretensiones.

5. El Secretario judicial desestima el recurso de reposición alegando la imposibilidad de considerar *cualquier documento privado* como “documento extrajudicial” en el sentido del artículo 16 del Reglamento 1393/2007. *Tecom* interpone recurso de revisión. Ante el recurso, el Juzgado citado de Las Palmas, considera que la transmisión de documentos extrajudiciales según el artículo 16 del Reglamento puede “manifestarse tanto en el marco de un procedimiento judicial como al margen de tal

¹ Reglamento (CE) nº 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 documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”) y por el que se deroga el Reglamento 1348/2000 del Consejo.

procedimiento”², pero carece de elementos suficientes para determinar si un *documento privado* puede ser considerado como “documento extrajudicial”. Esto es, un documento no emitido ni redactado por autoridad o funcionario público se incluye en el concepto de “documento extrajudicial” del artículo 16 del Reglamento sobre notificación y traslado.

2. Las cuestiones prejudiciales

7. Ante esta situación, el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas suspende el procedimiento y eleva al TJUE cuatro cuestiones prejudiciales. La primera se refiere a si un documento privado no emitido por autoridad o funcionario público no judicial puede considerarse “documento extrajudicial” en el sentido del artículo 16 del Reglamento 1393/2007, y, relacionadamente, la segunda, si puede incluir cualquier documento privado o reunir unas determinadas características. La tercera plantea si se puede solicitar el traslado del documento cuando ya se ha realizado una notificación previa no judicial como la notarial. Y, finalmente, en cuarto lugar, si debe tenerse en cuenta que esa transmisión tenga incidencia transfronteriza y sea necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior.

II. Los documentos privados y el ámbito de aplicación del Reglamento 1393/2007

8. Las dos primeras cuestiones que se plantean se sitúan en torno a la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento 1393/2007 y el TJUE las resuelve de manera conjunta. Concretamente, si se incluye la transmisión y notificación de documentos de carácter privado que no hayan sido emitidos o autenticados por autoridad o funcionario público no judicial y, también, si incluye cualquier documento privado.

9. El propio Reglamento incluye en su rúbrica, junto a los documentos judiciales, los documentos extrajudiciales en materia civil y mercantil. El TJUE, del análisis del tenor literal del texto reglamentario –considerandos y articulado– no puede deducir la exclusión de los documentos privados.

10. Lo cierto es que la referencia a los documentos extrajudiciales que establece el artículo 16 (artículo único del capítulo III sobre documentos extrajudiciales) de este Reglamento de notificaciones y traslado resulta bastante parco:

“CAPÍTULO III

DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES

Artículo 16

Transmisión

Los documentos extrajudiciales podrán transmitirse a efectos de notificación o traslado en otro Estado miembro de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento.”

11. Sin embargo, el propio Tribunal señala que los elementos presentes en los precedentes legislativos que le anteceden –la versión anterior del Reglamento de 2000³ y el primigenio Convenio de 1997⁴, que nunca entró en vigor– parecen mostrar una tendencia más proclive a la aceptación de los documentos extrajudiciales sin intervención judicial⁵.

² Según se establece en la Sentencia del TJUE, de 25 de junio de 2009, C-14/08, en el asunto *Roda Golf & Beach Resort*.

³ Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y el traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DO L 160).

⁴ Acto de 26 de mayo de 1997 por el que el Consejo adoptó el texto del Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DO C 261 de 27.8.1997), con Informe explicativo en la p. 26 del DO *cit*.

⁵ Conviene subrayar que el Informe explicativo del Convenio de 1997 sí realizaba una referencia explícita a la posibilidad de poder incluir los documentos privados, matizando, empero, que debía tratarse de documentos privados que por su naturaleza

12. No obstante, la doctrina se ha decantado por una interpretación más restrictiva en la que rechaza la aplicación del Reglamento a los documentos privados entre particulares en tanto en cuanto la operatividad del Reglamento se subordina a la existencia de un proceso o de un procedimiento ante una autoridad, si bien con matices⁶. Esto es, no se trata de incluir todo documento privado (los denominados documentos *privados-privados*) sino aquellos que pueden llegar a tener trascendencia jurídica saliendo del contexto *íntimo* al que pertenecen fundamentando o documentando una pretensión jurídica⁷. En este sentido, ya se había pronunciado la jurisprudencia del TJUE, en el asunto *Roda Golf*⁸, donde se establecía que el artículo 16 del Reglamento no excluía documentos que no tuvieran conexión con un procedimiento judicial. Otra cosa es que el legislador español tuviera su punto de mira en los documentos judiciales y que no planteara la designación de organismos transmisores y receptores para el supuesto de documentos extrajudiciales no vinculados a un proceso judicial. Por lo que, mientras no realice esta designación, los –entonces– Secretarios judiciales y -actuales- Letrados de la Administración de Justicia son las únicas autoridades españolas designadas como tales⁹.

13. La generalidad de este planteamiento en el asunto *Roda Golf*, lleva al TJUE en el pronunciamiento objeto de este análisis a abogar por una interpretación en sentido amplio de documento extrajudicial que “no puede limitarse únicamente a los documentos que tengan conexión con un procedimiento judicial, de manera que puedan incluirse también los documentos otorgados ante notario”¹⁰. Sin embargo el propio TJUE sostiene que de esta afirmación tampoco puede extraerse si afecta a los documentos

e importancia justifican ser transmitidos y comunicados a sus destinatarios según un procedimiento oficial. Asimismo, la versión anterior del Reglamento incorporaba una relación enumerativa de documentos entre los que se encontraban documentos extrajudiciales sin intervención de autoridad. Enumeración que fue suprimida en la versión actualmente vigente, el Reglamento 1393/2007.

⁶ Vid. C. ESPLUGUES MOTA-J.L. IGLESIAS BUHIGUES-G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 198 y ss., A.L. CALVO CARAVACA-J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, M. VIRGÓS SORIANO-F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, L. CARRILLO POZO-M.J. ELVIRA BENAYAS, *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada, Comares, 2012, pp. 120 y ss. y F. BILGEN, “Conocimientos lingüísticos del destinatario del documento no traducido y control por parte del juez que conoce del asunto en el estado miembro de origen: TJ Sala décima, A 28 abril 2016”, *La Ley Unión Europea*, nº 41, 2016.

⁷ Vid. J.J. FORNER DELAYGUA, “Concepto de ‘documento extrajudicial’ en el Reglamento (CE) nº 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, de notificaciones”, *La Ley Unión Europea*, nº 34, febrero 2016. El ejemplo de FORNER es claro: “(U)na simple factura comercial que normalmente no requiere de la aplicación del Reglamento de notificaciones para ser remitida al deudor, puede ser trasladada a su amparo, sin necesidad de requerimiento notarial, en preparación de una acción judicial en la que se reclamará el pago de su importe”.

⁸ Vid. la Sentencia del TJUE, de 25 de junio de 2009, C-14/08, en el asunto *Roda Golf & Beach Resort*. Vid., asimismo, J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Nota a la Sentencia del TJUE de 25 de junio de 2009, As. C-148/08, *Roda Golf & Beach Resort, S.L.*”, *Revista española de Derecho internacional*, 2009-2, 2009-30-Pr, pp. 511-514 y J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Reglamento (CE) 1348/2000 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en el ámbito de la Unión Europea”: concepto de documento extrajudicial y admisibilidad de la cuestión prejudicial”, *Noticias de la UE*, nº 309, 2010, pp. 141-156. También, vid. N. MARCHAL ESCALONA, “Quid de la interpretación autónoma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito procesal”, *Diario La Ley*, 30 octubre 2009, D-338, apartado IV.

⁹ Vid. J.J. FORNER DELAYGUA, “Concepto de ‘documento extrajudicial’... *op. cit. supra*. Sin perjuicio de la utilización de los servicios de entrega electrónica certificada (del Reglamento 910/2014) como vía alternativa para la transmisión de los documentos extrajudiciales. Debe considerarse que la comunicación de documentos extrajudiciales no vinculados a un proceso judicial es una función atribuida a los notarios (artículos 198 y ss. del Reglamento notarial). En este sentido, se considera conveniente “trasladar con coherencia esta distribución competencial al ámbito del Reglamento (CE) 1393/2007 operando las modificaciones reglamentarias oportunas en orden a especificar el cauce de transmisión y recepción de documentos extrajudiciales por los notarios españoles, así como dar adecuada publicidad, mediante comunicación a la Comisión, de los notarios territorialmente competentes, así como de la tasa fija y única vinculada al arancel notarial y del modo de hacer el abono de la misma. Esta nueva distribución permitiría salvar las actuales dificultades ya indicadas en el comentario relativo a la protección de datos personales en las notificaciones de documentos extrajudiciales”. Vid. A. GUTIÉRREZ CARDENETE, “Aplicación del Reglamento (CE) 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 documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXX, nº 2194, diciembre de 2016.

¹⁰ Vid. el Considerando 33 de la Sentencia.

extrajudiciales “emitidos o autenticados por una autoridad pública o un funcionario público al margen de un procedimiento judicial o si también incluye los documentos privados”¹¹.

14. De modo que el TJUE, en aras a la elaboración más perfilada del “concepto autónomo” de “documento extrajudicial” y al hilo de las conclusiones del Abogado General¹², entiende que comprende “no sólo los documentos emitidos o autenticados por una autoridad pública o funcionario público, sino también los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en el extranjero sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”¹³.

15. La argumentación del Tribunal se asienta en la importancia de la transmisión de documentos extrajudiciales a través de la notificación y el traslado previstos en el Reglamento 1393/2007 para reforzar, en el ámbito de la cooperación en materia civil y mercantil, el buen funcionamiento del mercado interior y para establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia en el interior de la Unión Europea. Razón que justifica plenamente la interpretación amplia por la que se decanta en este concepto autónomo.

III. El carácter no jerarquizado y la simultaneidad de las vías previstas en el Reglamento 1393/2007

16. Contestada de manera afirmativa la inclusión de los documentos privados con trascendencia jurídica en los documentos extrajudiciales del ámbito de aplicación del Reglamento 1393/2007, se eleva otra cuestión relativa al carácter subsidiario o alternativo de los mecanismos de notificación y traslado previstos en el Reglamento de notificación. Concretamente, la segunda cuestión que se plantea en este supuesto (realmente la tercera, siendo que el TJUE responde conjuntamente a las dos primeras) plantea una duda concreta. La relativa a si puede solicitarse el traslado o notificación según el artículo 16 del Reglamento 1393/2007 cuando ya se ha realizado otro traslado previo del mismo documento extrajudicial por otra autoridad pública no judicial (por ejemplo, un notario), esto es, por otra vía de transmisión.

17. Y la respuesta es afirmativa. No hay ningún inconveniente en proceder a la transmisión de un documento extrajudicial transmitido anteriormente. Eso sí, con matizaciones¹⁴. En este punto, y ante la falta de concreción de la propia cuestión elevada, el TJUE sistematiza su respuesta distinguiendo entre si la transmisión se ha realizado por los medios no previstos el Reglamento o, caso contrario, por las vías previstas en el mismo.

18. Para la primera hipótesis, la transmisión realizada a través de medios no previstos en el Reglamento de notificación para la transmisión entre Estados miembros de un documento extrajudicial está limitada a las excepciones previstas para ello¹⁵. En efecto, se contemplan únicamente dos circunstancias en las que la transmisión no se realiza a través de los medios establecidos. La primera concurre cuando el domicilio o la residencia habitual del destinatario sean desconocidos y, la segunda, cuando haya designado un representante en el Estado del procedimiento judicial.

19. Bajo la segunda hipótesis, esto es, cuando la notificación o el traslado de documentos extrajudiciales se realiza según los mecanismos establecidos en el Reglamento 1393/2007, que es la que concurre en el supuesto que se plantea, el TJUE, se pronuncia profusamente. En primer lugar, porque

¹¹ *Vid.* el Considerando 34 de la Sentencia.

¹² *Vid.* el Punto 60 de las Conclusiones del Abogado General.

¹³ *Vid.* el Considerando 46 de la Sentencia.

¹⁴ En este sentido y con respecto al desarrollo de esta cuestión, el TJUE acoge la argumentación sentada en la Sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2012, C-325/11, en el asunto *Alder*.

¹⁵ *Vid.* la Sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2012, C-325/11, en el asunto *Alder*.

permite al requirente la elección entre los distintos medios de transmisión previstos. Y, en segundo lugar, porque, asimismo, puede recurrir de manera simultánea o sucesiva a dos o más medios que considere más oportunos o apropiados, según las circunstancias del caso¹⁶.

20. Ello implica varias consecuencias, además de otras cuestiones que incorpora el TJUE, siempre al amparo de la jurisprudencia sentada en el asunto *Alder*¹⁷, y que conviene señalar. El TJUE abunda en determinados elementos que deben concurrir cuando la transmisión se realiza por las vías previstas en el Reglamento. En primer lugar, el Reglamento establece con carácter exhaustivo -y, por ende, no pueden utilizarse otros- una relación de distintos medios de transmisión en aplicación del artículo 16. De modo que, entre ellos, el artículo 2 prevé la transmisión entre organismos transmisores y receptores designados por los Estados miembros. Junto a ello, la Sección 2 establece otras vías: la transmisión por vía consular o diplomática, y la notificación o el traslado por agentes diplomáticos o consulares, por correo o, a instancia de parte, directamente por medio de agentes judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado requerido¹⁸.

21. El TJUE subraya que esta enumeración exhaustiva no se configura de manera jerarquizada, lo que implica que la relación existente entre ellos es concurrente, esto es, de alternatividad. Circunstancia que conlleva que la parte interesada puede elegir el mecanismo que considere más adecuado o más oportuno en función de sus propios intereses¹⁹.

22. Otro elemento de interés, además de la relación concurrente entre los mecanismos previstos, y que opera cumulativamente al anterior, consiste en la facultad de poder utilizar estas vías de forma simultánea o sucesiva, en otras palabras, recurrir a varios -dos o más- mecanismos a la vez, según su oportunidad y las concretas circunstancias del caso. La simultaneidad se justifica en la propia necesidad de garantizar la celeridad de las transmisiones transfronterizas de los documentos que implica que las autoridades o personal competente para realizarlos no tiene atribuida por el Reglamento la función de control de la oportunidad o pertinencia de las razones del requirente para la notificación o el traslado de los documentos a través de los mecanismos previstos en el Reglamento²⁰.

23. De estas consideraciones generales se puede deducir, para el caso concreto que se plantea, que no existe inconveniente alguno para realizar una transmisión documental válida cuando existe ya una precedente por los medios previstos en el Reglamento u otros.

24. En definitiva, el TJUE concreta el texto normativo con una interpretación que da lugar a un modelo flexible, dinámico y casuístico, mas no abierto, en aras a la rapidez de la transmisión de documentos extrajudiciales y, por tanto, la eficacia de la misma. Así, el requirente puede proceder a la transmisión de un documento extrajudicial *solo* por las vías previstas en el Reglamento o por otras si concurren las excepciones previstas. Si opta por los mecanismos del Reglamento -lista cerrada- podrá elegir cualquiera de ellos e, incluso, varios a la vez simultánea o sucesivamente en atención a las circunstancias concretas de cada caso y sin que la autoridad competente pueda proceder al control de la oportunidad o la pertinencia de las razones del requirente.

¹⁶ *Vid.* el Considerando 59 de la Sentencia.

¹⁷ *Vid.* la Sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2012, C-325/11, en el asunto *Alder*.

¹⁸ *Vid.* la Sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2012, C-325/11, en el asunto *Alder* y el Considerando 56 de la Sentencia.

¹⁹ *Vid.* la Sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2012, C-325/11, en el asunto *Alder*, la Sentencia del TJUE, de 9 de febrero de 2006, C-473/04, en el asunto *Plumex* y el Considerando 57 de la Sentencia.

²⁰ *Vid.* la Sentencia del TJUE, de 9 de febrero de 2006, C-473/04, en el asunto *Plumex* y los Considerandos 58 y 59 de la Sentencia.

IV. La improcedencia del control del carácter transfronterizo o de la afección al buen funcionamiento del mercado interior de las transmisiones

25. La última de las cuestiones prejudiciales elevadas al TJUE plantea la necesidad de controlar de oficio el carácter transfronterizo de la notificación o el traslado, así como, su afección al buen funcionamiento del mercado interior. En este sentido y en relación con la labor de control, ya se ha visto con anterioridad que, cuando se realiza una transmisión, la autoridad competente no procede al control de la oportunidad o la pertinencia de las razones del requirente. Es decir, no realiza un control de las razones particulares de las transmisiones.

26. Sin embargo, la cuestión ahora planteada se refiere a un control general. Esto es, si se da la incidencia transfronteriza o la afección al buen funcionamiento del mercado interior de la notificación o el traslado.

27. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones -la verificación del carácter transfronterizo de la transmisión- el TJUE reconduce acertadamente la resolución de la misma hacia la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento. De modo que, en este sentido y según el artículo 1.1 del Reglamento, este será aplicable en materia civil o mercantil cuando un documento judicial o extrajudicial deba transmitirse de un Estado miembro a otro para ser notificado o trasladado en este último. En consecuencia, se trata de un requisito objetivo de aplicabilidad del Reglamento que concurrirá necesariamente para su aplicación. El TJUE recuerda que la repercusión transfronteriza *va de soi* en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, al amparo de la base jurídica a la que pertenece el Reglamento 1393/2007.

28. Por lo que respecta a la segunda cuestión, el control de la afección del buen funcionamiento del mercado interior antes de proceder a la transmisión, el TJUE considera su innecesariedad. Para ello, y de forma obviamente más abstracta, vuelve a recordar que el buen funcionamiento del mercado interior se configura precisamente como la *finalidad principal* de los mecanismos establecidos para la notificación y el traslado en el Reglamento²¹. Y si, por ende, estas vías han sido diseñadas específicamente para el buen funcionamiento del mercado interior, si el Reglamento resulta aplicable, necesariamente se favorece el buen funcionamiento del mercado interior.

29. Así, puede concluirse que no procede la verificación *ex casu* del carácter transfronterizo de la transmisión ni de la afección del buen funcionamiento del mercado interior.

V. Conclusiones

30. El TJUE da un paso adelante en esta Sentencia desarrollando ampliamente el “concepto autónomo” de documento extrajudicial en el sentido del artículo 16 del Reglamento 1393/2007, tan determinante para la interpretación y aplicación uniforme del mismo, que no existía de forma tan detallada hasta ahora. De suerte que opta por una interpretación novedosamente extensiva que comprende “no sólo los documentos emitidos o autenticados por una autoridad pública o funcionario público, sino también los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en el extranjero sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”. Este posicionamiento supone un avance en aras a favorecer el buen funcionamiento del mercado interior en la cooperación civil y mercantil y el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

²¹ *Vid.* el Considerando 2 del Reglamento y la Sentencia del TJUE, de 25 de junio de 2009, C-14/08, en el asunto *Roda Golf & Beach Resort*.

31. Asimismo, el TJUE, en la interpretación del sistema de la UE de notificación y traslado del Reglamento 1393/2007, desarrolla un modelo flexible y casuístico que permite cierto dinamismo en aras a la consecución de una transmisión rápida de un documento extrajudicial. Así, las transmisiones pueden realizarse por las vías previstas en el Reglamento o por otras diferentes si concurren las excepciones para ello. Si el requirente opta por los mecanismos del Reglamento -que se enumeran de forma taxativa- entonces puede utilizar cualquiera de ellos indistintamente, sin orden de prelación entre ellos, de forma no jerarquizada. Además, también puede recurrir a varias de estas vías -dos o más- de forma simultánea y sucesiva. En consecuencia, puede proceder a la notificación y el traslado por varias vías a la vez, o realizar la transmisión de un documento cuando ya ha sido notificado o trasladado con anterioridad, que es caso objeto de la cuestión prejudicial. Y ello atendiendo a las particulares circunstancias de cada caso y sin control de oportunidad o pertinencia de las autoridades competentes.

32. Finalmente, el TJUE elimina la necesidad de establecer el control del carácter transfronterizo de la notificación y el traslado, así como la necesidad de verificar la afección del buen funcionamiento del mercado interior. En efecto, el carácter transfronterizo es una característica intrínseca a la transmisión que se plantea como criterio delimitador del ámbito de aplicación del Reglamento. Y, el buen funcionamiento del mercado interior se configura como la finalidad principal de las vías de transmisión del Reglamento; se han establecido, precisamente, con este objetivo.

33. En definitiva, se asiste a la consolidación del “concepto autónomo” de documento extrajudicial y a la interpretación del modelo de transmisión. Una labor progresiva en la que el TJUE aglutina la jurisprudencia anterior y da una vuelta de tuerca más en la configuración de un modelo más extenso, flexible y casuístico.

34. Y ello, en primer lugar, porque se aboga por una interpretación amplia en la que ya no caben dudas sobre la inclusión de los documentos privados con trascendencia jurídica en el concepto de documento extrajudicial del artículo 16, pese a la indeterminación del texto y la visión algo restrictiva de la doctrina. En segundo lugar, se dota de flexibilidad a un sistema de transmisión de documentos extrajudiciales que permite acudir a los mecanismos previstos en el Reglamento de manera indistinta, sin orden de jerarquía, y de forma simultánea o sucesiva. Esto es, recurriendo a varios mecanismos a la vez, o proceder la notificación o el traslado de un documento extrajudicial cuando ya ha sido transmitido previamente. Y ello, sin control de las razones de oportunidad o pertinencia del requirente ni verificación del carácter transfronterizo de la transmisión, ni de la afección del buen funcionamiento del mercado. Y finalmente, casuístico porque el requirente tiene este margen de actuación, de elección entre los distintos tipos de vías de transmisión y el número a utilizar en atención a las concretas circunstancias de cada caso. En definitiva, es cierto que estas características favorecen la rapidez de las notificaciones, con las consecuencias de eficacia que puedan tener en la resolución de los intereses o derechos implicados de todos los ciudadanos domiciliados en la UE.

35. El TJUE, en conclusión, ofrece nuevas claves sobre la transmisión de documentos privados de trascendencia jurídica como documentos extrajudiciales del sistema del Reglamento sobre notificaciones y traslado (debido, en mayor parte, a las consultas elevadas por los tribunales españoles). En un sistema en el que, de ser aplicable el Reglamento, la transmisión de un documento privado, en los términos expuestos, es obligatoria -que no automática- para la autoridad o el personal competente sin controles previos. Ya no caben pues, más reticencias por parte de la doctrina, y asimismo, resultaría conveniente que el legislador español pusiera su punto de mira en estos documentos extrajudiciales y en el cuerpo notarial como autoridades competentes designadas para su transmisión en el modelo europeo.

PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO EN EL MARCO
DE DOCUMENTOS PÚBLICOS QUE RECONOCEN CRÉDITOS
NO IMPUGNADOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA,
DE 9 DE MARZO DE 2017, *IBRICA ZULFIKARPASIC*, C-484/15

INTER PARTES NATURE OF THE PROCEEDINGS
IN THE FRAMEWORK OF THE AUTHENTIC INSTRUMENTS
ON UNCONTESTED CLAIMS. JUDGMENT
OF THE COURT (SECOND CHAMBER) OF 9 MARCH 2017,
IBRICA ZULFIKARPASIC, CASE C-484/15

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
orcid ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 30.06.2017 / Aceptado: 30.08.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3897>

Resumen: El principio de contradicción en el procedimiento es el principal aspecto sobre el que se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta sentencia, en el marco del Reglamento 805/2004, relativo al título ejecutivo europeo. Según esta norma, el crédito no impugnado que sea reconocido en una resolución judicial, en una transacción judicial o en un documento público con fuerza ejecutiva, podrá ser certificado como título ejecutivo europeo y, por tanto, podrá circular libremente por toda la Unión Europea –excepto en Dinamarca– y ser ejecutado automáticamente en cualquier país de este entorno. Para certificar una resolución judicial como título ejecutivo europeo se exige, entre otros requisitos, que el procedimiento que da lugar al título haya sido notificado al deudor, para que tenga conocimiento de la existencia del mismo y pueda impugnarlo si lo desea (art. 6). Sin embargo, en el caso de un documento público, el Reglamento 805/2004 solo requiere que aquel tenga fuerza ejecutiva (art. 25.3). En la sentencia objeto de estudio, el Tribunal de Luxemburgo aplica los requisitos prescritos para la resolución judicial al documento público, al exigir en el caso que el mandamiento de ejecución que recoge el crédito, no puede certificarse como título ejecutivo europeo porque el procedimiento en el que se ha emitido no ha tenido carácter contradictorio y, por ello, el deudor no ha tenido oportunidad de poder defenderse

Palabras clave: título ejecutivo europeo, principio de contradicción, documentos públicos con fuerza ejecutiva.

Abstract: The principle of *audi alteram partem* is the main aspect that is studied by the Court of Justice of the European Union in this judgment, within the framework of Regulation 805/2004 creating the European Enforcement Order. According to this text, an uncontested claim that is recognized in a judicial decision, in a court settlement or in an authentic instrument may be certified as a European Enforcement Order and therefore may be freely circulated throughout the European Union - except for Denmark - and be automatically executed in any country in this zone. In order to certify a judicial decision as a European Enforcement Order, it is required, among other requirements, the procedure has been

notified to the debtor, so the debtor is aware of its existence and can stand against it (Article 6). However, in the case of an authentic instrument, the Regulation 805/2004 only requires that it be enforceable (Article 25.3). In the judgment under consideration, the Luxembourg Court applies the requirements for the judicial decision to the authentic instrument, by requiring in the case that the writ of execution containing the claim can not be certified as a European Enforcement Order because the procedure has not been contradictory and, therefore, the debtor has not had an opportunity to defend himself.

Keywords: European Enforcement Order, principle of audi alteram partem, authentic instrument.

Sumario: I. Hechos del caso. II. Cuestiones planteadas. 1. Concepto de “órgano jurisdiccional”. 2. Principio de contradicción en el proceso judicial. 3. Crédito no impugnado. A. Documento público. B. Aceptación expresa. III. Conclusiones

I. Hechos del caso

1. En esta sentencia de 9 de marzo de 2017, el Tribunal de Justicia se vuelve a pronunciar sobre la interpretación del Reglamento 805/2004 –RTEE, en adelante–¹. En esta ocasión lo hace en relación a la consideración de “órgano jurisdiccional” de los notarios de Croacia, cuando certifican como títulos ejecutivos europeos mandamientos de ejecución basados en documentos auténticos en el marco de un procedimiento de ejecución.

2. En el caso de autos, el Sr. Zulfikarpasic emite una factura por los servicios jurídicos prestados por él al Sr. Gajer, factura que no fue pagada por el cliente. En esta situación, el abogado acude a un notario en Croacia solicitándole la ejecución forzosa de la factura, considerada como “documento auténtico” sobre la base de la Ley de ejecución forzosa del país. El notario emitió un mandamiento de ejecución en relación con ese documento y el Sr. Zulfikarpasic solicitó a otro notario la certificación de título ejecutivo europeo de ese mandamiento de ejecución emitido. Este notario denegó esta petición porque consideraba que no podía considerarse título ejecutivo europeo este documento, según el Reglamento 805/2004. Siguiendo la Ley de ejecución forzosa de Croacia, el notario transmitió el asunto controvertido al Tribunal Municipal de Novi Zagreb –Sección permanente de Samobor–, quien planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. Cuestiones planteadas

1. Concepto de “órgano jurisdiccional”

3. Hay que señalar, en primer lugar, que el Reglamento 805/2004 no recoge un concepto de órgano jurisdiccional más allá del que aparece en el artículo 4.6, según el cual, “órgano jurisdiccional de origen” es “*el órgano jurisdiccional o tribunal que conozca del asunto en el momento de cumplirse los requisitos previstos en las letras a), b) o c) del apartado 1 del artículo 3*”. Si bien es verdad que, en re-

¹ Reglamento (CE) No.805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DOUE L143, de 30 abril 2004, pp. 15-39.

Vid., entre otros, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006; F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Colex, Madrid, 2005; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, Navarra, 2005; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del Título Ejecutivo Europeo en el Derecho procesal español”, en AAVV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, 2006, pp. 193-217; P. BLANCO-MORALES LIMONES/A. DURÁN AYAGO, “Luces y sombras del título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados” en A.L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 41-69; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 802/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, , pp. 371-400.

lación con Suecia, el legislador europeo sí que aporta más concreción al concepto añadiendo al Servicio público sueco de ejecución forzosa dentro de la categoría de “órgano jurisdiccional”.

El RTEE sólo menciona que el tribunal competente para certificar como título ejecutivo europeo –TEE, en adelante– el documento en cuestión es *aquel que conozca del asunto en el momento de cumplirse los requisitos previstos en las letras a), b) o c) del apartado 1 del artículo 3*. En este sentido, no dice nada respecto de que este tribunal deba ser el mismo que ha emitido el documento sobre el que se solicita la certificación como TEE, por lo tanto, ambos órganos podrían ser distintos –esto es lo que ocurre en el caso objeto de la sentencia comentada–. En el Derecho español, el mismo órgano que ha emitido la resolución o documento será el competente para expedir el certificado del TEE².

4. Los Reglamentos europeos que más recientemente se han elaborado sí recogen una definición amplia de “órgano jurisdiccional” o de “tribunal”. Así, por ejemplo, en el marco del Reglamento 650/2012 se define al “tribunal” como *“todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia”* (art. 3.2)³. Por su parte, el Reglamento 2016/1103 aporta la misma definición de “tribunal” del Reglamento de sucesiones, en relación con “órgano jurisdiccional” en el marco del régimen económico matrimonial (art. 3.2)⁴.

2. Principio de contradicción en el proceso judicial

5. Ante esta falta de detalle en el Reglamento 805/2004, el Tribunal de Luxemburgo tiene en cuenta los objetivos de la norma para crear una definición de “órgano jurisdiccional” y dar una respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Municipal de Novi Zagreb –Sección permanente de Samobor–.

En este sentido, el Tribunal europeo entiende que el órgano que ha dictado la resolución ejecutiva debe haberla emitido en un *“procedimiento judicial que ofrezca garantías de independencia e imparcialidad y que respete el principio de contradicción”* (apartado 43). De este modo, se introduce la exigencia de concurrencia de uno de los requisitos para que un documento pueda ser certificado como título ejecutivo europeo, esto es, una de las *normas mínimas aplicables a los procedimientos*, recogidas en el Capítulo III del Reglamento⁵. Estamos hablando del principio de contradicción para que el deudor

² Disposición Final Vigésimo Primera de la LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, BOE núm. 7, de 8 de enero 2000). *Vid.*, en este sentido, entre otros, F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 224. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título ejecutivo europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 114-115.

Algún autor considera que la referencia del artículo 6.1 en relación con el órgano jurisdiccional de origen implica que será esté ante quien se deba hacer la solicitud, lo cual no implica que sea él quien la resuelva (F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 109; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, p. 112).

³ Reglamento (UE) No. 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 L201, de 27 julio 2012, pp. 107-134.

⁴ Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016 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, DOUE L183, de 8 julio 2006, pp. 1-29

⁵ Todos los requisitos exigidos se encuentran en el art. 6.1 del Reglamento y son los siguientes: a) carácter ejecutivo de la resolución; b) respecto de ciertas normas de competencia por parte del Tribunal del Estado de origen; c) cumplimiento de las normas mínimas aplicables a los procedimientos; 4) domicilio del deudor en el Estado donde se ha emitido la resolución, en los supuestos en los que el deudor es consumidor (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 720; M. Y. PALOMO HERRERO, “Capítulo IV.1. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Título Ejecutivo Europeo”, en M. JIMENO BULNES (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 141-147; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea*

conozca de la existencia del procedimiento sobre el crédito y pueda impugnarlo⁶. Precisamente, ese principio es en el que se centra la sentencia comentada.

6. El artículo 16 y el Considerando 12 manifiestan la preocupación del legislador europeo por garantizar que el deudor sea conocedor de la existencia del procedimiento y, por ello, regulan la necesidad de informarle, con el tiempo suficiente y de forma tal que pueda preparar su defensa, de la existencia de la acción contra él⁷. La información ofrecida al deudor debe ser relativa a dos cuestiones, al crédito, por un lado, y a los requisitos procesales para impugnarlo, por otro (arts. 16 y 17 respectivamente)⁸.

7. Esta exigencia recogida en el RTEE, también se encuentra en el actual Reglamento 1215/2012 –Bruselas I bis– como requisito para poder reconocer o ejecutar una resolución judicial extranjera (art. 45.1.b)⁹. En efecto, si bien Bruselas I bis se expresa en otros términos, el objetivo perseguido es el mismo en ambos textos europeos, cual es, que el deudor haya tenido ocasión de defenderse en el procedimiento de origen que ha dado lugar a la resolución¹⁰.

El Reglamento 1215/2012 es compatible en su aplicación con el RTEE, de este modo, el acreedor tiene varias opciones al respecto. Por un lado, puede solicitar el certificado de TEE y solicitar la ejecución automática en cualquier Estado de la Unión Europea –excepto Dinamarca–. En segundo lugar, puede optar por la aplicación del Reglamento Bruselas I bis y solicitar la ejecución de la resolución en el Estado requerido. En este caso, si no concurre ningún motivo de denegación, se ejecutará la resolución. Por último, puede iniciar simultáneamente ambos procesos¹¹.

ante el Derecho de la globalización, Colex, Madrid, 2008, pp. 387-393; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 59-66; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 111-149; F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 41-71; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, pp. 107-145; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del título ejecutivo europeo en el Derecho procesal español”, en AA.VV. *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, pp. 204-212). F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 59.

⁶ F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 57.

Este requisito no lo recoge el RTEE en relación con los documentos públicos con fuerza ejecutiva. Así, el artículo 25.3, referido a estos documentos, solo exige el carácter ejecutivo al documento para que pueda ser certificado con título ejecutivo europeo. La razón de ello estriba en que el resto de requisitos del artículo 6 solo tienen sentido en relación con un proceso judicial, y el documento público con fuerza ejecutiva no es emitido en el marco de ningún proceso de este tipo (F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 223).

⁷ También es posible notificar al representante del deudor, en virtud del artículo 15 del Reglamento y del Considerando 16, tanto al representante legal como a los representantes técnicos como abogado, procurador o graduado social (M. Y. PALOMO HERRERO, “Capítulo IV.1. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Título Ejecutivo Europeo”, en M. JIMENO BULNES (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 145; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 124; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 390).

⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 721; M. Y. PALOMO HERRERO, “Capítulo IV.1. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Título Ejecutivo Europeo”, en M. JIMENO BULNES (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 145-146; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 388; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 105-106; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 59-66; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 149-151; F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 69-71; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, pp. 134-141; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del título ejecutivo europeo en el Derecho procesal español”, en AA.VV. *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, pp. 211-212).

⁹ Reglamento (UE) No 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

¹⁰ F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 58.

¹¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 102-103; F. RAMOS ROMEU, *El Título*

8. La necesidad de haber notificado el inicio del procedimiento al deudor es criticada por la doctrina por entender que no representa, en ningún caso, confianza en las instituciones y legisladores de los países de la Unión Europea¹². En efecto, exigir que en el Estado europeo de origen se hayan respetado los derechos de defensa del demandado, indica que hay duda de que eso haya ocurrido y denota falta de confianza en los legisladores y en los órganos públicos competentes del Estado de origen; todo lo cual no contribuye en nada a cumplir con el principio de confianza mutua entre los Estados europeos. Es más, estos autores indican que defectos en la notificación también ocurren a nivel nacional, no sólo en asuntos transfronterizos, sin embargo, se pueden subsanar permitiendo recurrir al perjudicado contra la resolución dictada en el caso. Esta misma posibilidad de recurso está contemplada en el RTEE, en el artículo 19, por tanto, cabría preguntarse por qué no ha sido suficiente solo con esta previsión del recurso para garantizar la defensa de los derechos de demandado¹³.

Por otro lado, hay otros autores que consideran que, precisamente, el hecho de que el control del respeto de los derechos de defensa del demandado se realice por el propio juez del proceso de origen refleja la observancia del “*principio de confianza recíproca en la Administración de Justicia de los Estados miembros*” (Considerando 18)¹⁴. Efectivamente, en virtud del RTEE, los Estados europeos confían en las instituciones del resto de Estados miembros al ejecutar, de forma automática, documentos que han sido certificados como TEE en cualquier Estado de la Unión.

9. En el caso objeto de la resolución no se cumple el principio de contradicción porque, según la Ley sobre ejecución forzosa de Croacia, si bien el mandamiento de ejecución se notifica al deudor, no se adopta con su conocimiento. En efecto, la solicitud de mandamiento de ejecución en virtud de un documento auténtico no tiene carácter contradictorio, el deudor puede oponerse a la expedición del mandamiento una vez éste ha sido adoptado, pero no antes. En el procedimiento de oposición interviene el juez, quien evaluará el expediente que ha sido enviado por el notario cuando existe oposición. Por todo lo anterior, no se cumplen los requisitos exigidos por el Reglamento 805/2004 para poder considerar ese documento como título ejecutivo europeo¹⁵.

10. El Tribunal europeo contesta a la cuestión prejudicial tomando como referencia los procesos judiciales, sin embargo, en el supuesto del caso no hay una resolución judicial certificada como TEE, hay un documento público que un notario se niega a certificar como TEE.

En este entorno de documento público, el RTEE sólo exige que el mismo tenga fuerza ejecutiva en un *Estado miembro* del Reglamento (art. 25). El legislador europeo no exige que ese Estado tenga que ser el de origen donde ha sido expedido el documento –a diferencia de lo que ocurre en el marco de las resoluciones judiciales y de las transacciones judiciales–; este aspecto ha sido muy criticado por la doctrina¹⁶. Efectivamente, la fuerza ejecutiva es el único requisito, de los contenidos en el artículo 6,

Ejecutivo Europeo, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 37-40; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 34.

¹² F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 59.

¹³ F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 60.

¹⁴ R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 375-376; P. BLANCO-MORALES LIMONES/A. DURÁN AYAGO, “Luces y sombras del título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados”, en A.L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 51-52.

¹⁵ Sin embargo, la información al deudor acerca del certificado sólo debe hacerse en el momento en que ya existe, ya que, de este modo, se mantiene el efecto sorpresa y se evita que el deudor pueda frustrar la ejecución (F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, pp. 154-156). En esta situación, con la solicitud del acreedor y con la comprobación de que reúne todos los requisitos exigidos en el Reglamento, el órgano judicial podría certificar el título ejecutivo europeo –mediante providencia en España, en virtud de lo dispuesto en la Disposición final vigésimo primera de la LEC (BOE núm. 7, de 8 enero 2000)–, sin tener que dar audiencia al deudor (M. Y. PALOMO HERRERO, “Capítulo IV.1. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Título Ejecutivo Europeo”, en M. JIMENO BULNES (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 140). *Vid.*, también, en ese sentido de no ser necesaria la notificación al deudor del procedimiento que da lugar al certificado del TEE, E. MARTÍN, “Paso de gigante en la Justicia europea. El título ejecutivo europeo”, *Escritura Pública*, 2004, p. 26.

¹⁶ F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 217.

que es de aplicación a los documentos públicos, tal como prescribe el artículo 25.3¹⁷. Por lo tanto, no es comprensible que el Tribunal de Justicia exija, además, el requisito del procedimiento contradictorio, propio del proceso judicial y no del notarial, que es nuestro caso¹⁸.

3. Crédito no impugnado

11. El Tribunal europeo también se pronuncia respecto de la consideración del mandamiento de ejecución emitido por el notario croata como crédito no impugnado a los efectos del artículo 3.1.d) del Reglamento. En este sentido, hay dos cuestiones que se deben comentar.

A. Documento público

12. El artículo 4.3 recoge los dos requisitos que deben concurrir para poder estar ante un documento de estas características. En primer lugar, “un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento”. En segundo lugar, que “haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga”.

13. La misma definición de documento público también aparece en otros Reglamentos europeos –art. 3.1.c) del Reglamento de régimen económico matrimonial, art. 3.1.i) del Reglamento de sucesiones, art. 2.3.a) Reglamento de alimentos o art. 2. c) del Reglamento Bruselas I bis¹⁹. Se podría hablar, por tanto, de un concepto autónomo de la Unión Europea en relación con lo que debe entender por documento público²⁰.

La definición recogida en el Reglamento incluye su autenticidad, no sólo respecto de la firma, también respecto del contenido del documento. La inclusión del control de la validez material del documento, y no sólo de la firma, es coherente con las competencias que tienen los notarios en España y en los países del sistema de Derecho civil -22 de los 28 Estados miembros de la Unión Europea, todos ellos pertenecientes al CNUE²¹. En efecto, según la Ley del Notariado española, “Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”²².

¹⁷ F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 223.

¹⁸ En este caso, la ejecución del documento público con fuerza ejecutiva es más fácil en el marco del RTEE que en el marco del Reglamento Bruselas I-bis. En efecto, en virtud del primero, la ejecución del documento público con fuerza ejecutiva es automática, en cambio, en virtud del segundo, la ejecución se llevará a cabo sólo si no vulnera el orden público internacional del Estado requerido (art. 58.1 Reglamento 1215/2012)

¹⁹ Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016, pp. 1-29; 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, DOUE L201, de 27 julio 2012, p. 107; Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L7, de 10 enero 2009, p. 1; Reglamento (UE) No 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

²⁰ P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Los documentos notariales en los nuevos Reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas”, en M. FONT I MAS (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2014, pág. 193.

²¹ P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Los documentos notariales en los nuevos Reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas”, en M. FONT I MAS (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2014, pág. 197; F.J. GARCÍA MÁZ, “Unión Europea: perspectivas sobre regímenes económico matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en M. PEREÑA VICENTE/P. DELGADO MARTÍN, (dirs.), *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 640.

²² Art. 24 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, BOE núm. 149, de 29 mayo 1862.

El origen del concepto se encuentra en una sentencia del Tribunal de Justicia²³. En concreto en la sentencia del asunto *Unibank*, donde se recogió la definición de documento público que aparece en el Informe Jenard-Möller, para utilizarla en un caso relacionado con el Convenio de Bruselas de 1968 (Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299, de 31 diciembre 1972, p. 32)²⁴. En concreto, en el apartado 17, el Tribunal europeo dispone lo siguiente: “*En efecto, el Informe Jenard-Möller [Informe Jenard-Möller sobre el Convenio de Lugano (DO 1990, C 189, p. 57)] recuerda en su apartado 72 que los representantes de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) solicitaron que se precisaran las condiciones que debe satisfacer un documento público para ser considerado ejecutivo con arreglo al artículo 50 del Convenio de Lugano. A este respecto menciona tres requisitos, que son los siguientes: «la fuerza ejecutiva del documento deberá establecerla una autoridad pública; dicha fuerza ejecutiva deberá abarcar el contenido y no sólo, por ejemplo, la firma; el documento deberá ser ejecutivo en sí mismo en el Estado en el cual haya sido establecido»*”²⁵.

B. Aceptación expresa

14. El art. 3.1.d) indica que un documento público con fuerza ejecutiva contendrá un crédito no impugnado cuando el deudor lo haya aceptado expresamente²⁶.

15. En el caso en cuestión, el mandamiento de ejecución se emite sobre la base de una minuta emitida de forma unilateral por el abogado, por lo tanto, como el procedimiento ante el notario no es contradictorio, no se puede concluir que el mandamiento de ejecución recoja una aceptación expresa del deudor del crédito. Dicho de otra manera, según el Tribunal, la falta de oposición o de pronunciamiento por parte del deudor no es equiparable a una aceptación expresa del crédito, en el sentido del artículo 3.1.d) del Reglamento, porque esa aceptación debería figurar expresamente en el documento público.

III. Conclusiones

16. En esta ocasión, el Tribunal de Justicia tiene que pronunciarse sobre la consideración de TEE de un mandamiento de ejecución emitido por un notario en Croacia.

Según el órgano judicial europeo, el hecho de que el documento público que representa el mandamiento de ejecución se haya adoptado por el notario, sin informar de ello al deudor, viola el principio de contradicción que debe respetarse para poder certificar un documento como TEE (art. 16 RTEE).

17. El RTEE prescribe la observancia de este principio de contradicción en el procedimiento que concluya finalmente con el TEE, sin embargo, esta regla la recoge en relación con resoluciones judiciales o con transacciones judiciales que se certifican como título ejecutivo europeo, pero no respecto de documentos públicos con fuerza ejecutiva, como es el caso.

En efecto, en el supuesto objeto de análisis, aplicando el principio de contradicción mencionado, el Tribunal europeo concluye que el mandamiento de ejecución –documento público con fuerza ejecutiva–, expedido por un notario de Croacia, no puede certificarse como TEE, precisamente, por no haberse informado al deudor acerca de la existencia de esa solicitud de expedición y no haber tenido ocasión éste, por tanto, de poder oponerse a la deuda, faltando en este caso el necesario requisito de la no impugnación del crédito para poder certificar una resolución como TEE en virtud del RTEE.

²³ P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Los documentos notariales en los nuevos Reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas”, en M. FONT I MAS (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2014, pág. 193.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 junio de 1999, *Unibank*, C-260/97, Rec. 1999, p. I-03715

²⁵ P. BLANCO MORALES-LIMONES/A. DURÁN AYAGO, “Luces y sombras del título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados”, en A.L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, p. 64; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, p. 77.

²⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, p. 94; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 213.

BIENES SUJETOS A UN PROCEDIMIENTO SECUNDARIO
DE INSOLVENCIA. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA,
DE 11 JUNIO 2015, NORTEL, C-649/13

DEBTOR'S ASSETS FALLING WITHIN THE SCOPE OF THE
EFFECTS OF THE SECONDARY PROCEEDINGS. JUDGMENT
OF THE COURT (FIRST CHAMBER) OF 11 JUNE 2015, NORTEL,
CASE C-649/13

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
orcid ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 02.07.2017 / Aceptado: 30.08.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3898>

Resumen: En esta sentencia, el Tribunal de Justicia contesta a una cuestión prejudicial que plantea un órgano judicial francés en el marco de un procedimiento secundario de insolvencia. El tribunal remitente quiere saber qué órgano jurisdiccional es competente para determinar los bienes sujetos al procedimiento secundario –si el juez del procedimiento principal o el del secundario– y qué ley debe aplicar el tribunal competente para establecer cuáles son esos bienes –si la ley del procedimiento principal o la ley del procedimiento secundario–.

Palabras clave: insolvencia, procedimiento secundario de insolvencia, bienes del deudor.

Abstract: In that judgment, the Court answers a question referred by a French court in the context of secondary insolvency proceedings. The referring court wishes to know which court is competent to determine the assets subject to the secondary proceedings – if the judge in the main proceedings or the secondary court – and which law should be applied by the competent court to establish what those assets are – if the law of main procedure or the law of the secondary procedure.

Keywords: insolvency, secondary insolvency proceedings, debtor's assets.

Sumario: I. Hechos del caso. II. Regulación general en el Reglamento de insolvencia. 1. Competencia internacional. 2. Regulación de la insolvencia de un grupo de sociedad. 3. Materias objeto de regulación del Reglamento de insolvencia. 4. Procedimiento principal y procedimientos secundarios. III. Cuestiones planteadas. 1. Tribunal competente para determinar los bienes sujetos al procedimiento secundario de insolvencia. A. Competencia. B. Carácter de la competencia: exclusiva o alternativa. 2. Ley aplicable a la determinación de los bienes sujetos al procedimiento de insolvencia. IV. Conclusiones.

I. Hechos del caso

1. El presente asunto tiene su origen en un procedimiento de insolvencia planteado frente a un grupo de empresas denominado Nortel. Se trataba de un grupo dedicado a soluciones técnicas para redes

de telecomunicaciones. Dentro del mismo, la empresa Nortel Networks Limited (NNL) era la propietaria de un gran número de filiales, entre ellas, NNSA, establecida en Francia.

Cuando el grupo quiebra, se abren procedimientos de insolvencia en Canadá, en los Estados Unidos y en la Unión Europea. El procedimiento principal en la Unión Europea se inicia en Reino Unido, para las sociedades del grupo establecidas en Europa.

Respecto de la empresa NNSA, se solicitó la apertura de procedimiento secundario en Francia.

2. Una vez se vendieron los activos del grupo, el administrador del procedimiento secundario entendió que la sociedad no podía contribuir al pago de los derechos sociales de los trabajadores de la empresa porque, pese a tener un saldo positivo derivado de la venta, los costes en los que había incurrido la compañía, por haber continuado con su actividad durante el procedimiento de insolvencia, habían sido mayores. Por este motivo, los trabajadores de NNSA reclamaron ante el tribunal francés su derecho a la parte proporcional de la venta de los activos del grupo que correspondía a NNSA y, consecuentemente, el pago de las cantidades adeudadas por la compañía. Los administradores mancomunados de la entidad, por su parte, impugnaron la competencia del tribunal francés al considerar que el único tribunal competente para dilucidar esta cuestión era la High Court of Justice de Inglaterra y Gales –órgano concedor del procedimiento principal de insolvencia–.

Ante estas peticiones, el tribunal de comercio de Versailles (Francia) plantea la cuestión prejudicial que resuelve el Tribunal de Justicia en esta sentencia objeto de comentario. Lo que pregunta el tribunal remitente es si la competencia para determinar los bienes del deudor sujetos al procedimiento secundario, es exclusiva o alternativa a la competencia respecto del procedimiento principal. También pregunta el Derecho aplicable para determinar esos bienes sujetos, si debe ser el Derecho del procedimiento principal o el Derecho del procedimiento secundario.

II. Regulación general en el Reglamento de Insolvencia

3. El Reglamento 1346/2000 es la norma aplicable en este caso. Se trata del texto europeo relativo a procedimientos de insolvencia que se encontraba en vigor en esos momentos¹. En la actualidad, este Reglamento ha quedado derogado por la entrada en vigor del vigente Reglamento 2015/848². Sin

¹ Reglamento (CE) No 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, DO L 160, de 30 junio 2000, pp. 1-18.

Vid., entre otros, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de insolvencia: una aproximación general”, en AAVV, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 231-352; J.L. VALLENS, “La maison mère d’un groupe, centre de intérêts principaux de ses filiales étrangères”, *Dalloz*, 2006, pp. 793-798; J.L. WESTBROOK, “A global solution to multinational default”, *Michigan Law Review*, vol. 98, nº 7, 2000, pp. 2276-2328; D. BUREAU, “La fin d’un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité” *RCDIP*, nº 4, octubre-diciembre 2002, p. 613-679; N. WATTE/V. MARQUETTE, “Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev.dr.com.belge*, 2001, pp. 564-579; M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho concursal internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del comercio internacional*, Colex, 2012, pp. 1835-2078; MOSS, G./FLETCHER, I./ISAACS, S. (eds.), *The EC Regulation on insolvency proceeding. A commentary and annotated guide*, [Oxford University Press], 2002; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ “Las normas de Derecho internacional privado de la ley concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento”, *RJC*, 2004, pp. 1269-1291; M. GUZMÁN PECES, “Globalización: Universalidad y fraccionamiento en los procedimientos de insolvencia. Un análisis desde el Derecho Internacional privado”, *Anuario Facultad de Derecho*, III, Universidad de Alcalá, 2010, pp. 395-418; C. ESPLUGUES MOTA, “Procedimientos de insolvencia transfronterizos”, *Revista Sequência*, nº 52, julio 2006, pp. 9-34; M.J. VERDÚ CAÑETE, *Procedimientos concursales comunitarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Thomson, Navarra, 2006; G. AFFAKI (ed.), *Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions*, Bruylant, 2007; E. BELTRÁN SÁNCHEZ, “El Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia”, *Tribunales de Justicia*, abril 2001, pp. 31-43; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El centro de intereses principales, como foro de competencia internacional en el Reglamento 1346/2000, en relación con empresas de un grupo de sociedades”, *Anuario de Derecho concursal*, 2014, pp. 501-536; G. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, Tirant Lo Blanch, 2015.

² Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia, DOUE L 141, de 5 junio 2015, pp. 19-72. Este Reglamento ha empezado a ser aplicable, con carácter general, el 26 de junio de 2017 (art. 92).

embargo, todo lo dicho en relación con el primero puede ser extrapolado al segundo, ya que, el contenido de ambas normas es similar en los preceptos estudiados en la sentencia. Por esta razón, hablaremos del *Reglamento de insolvencia* para aludir a la norma aplicada en el caso –Reglamento 1346/2000– y, al mismo tiempo, a la norma en vigor en la actualidad –Reglamento 2015/848–.

1. Competencia internacional

4. El Reglamento de insolvencia regula la competencia internacional, la ley aplicable y la validez extraterritorial de decisiones de procedimientos de insolvencia. Centrándonos en lo primero, la competencia internacional, el artículo 3 lleva ese título, y no es un error, esto es, no falta el término judicial para hablar de la competencia judicial internacional (Informe Virgós/Schmit, apartado 52)³. En efecto, existen países en los que los procedimientos de insolvencia son declarados por órganos que no son judiciales, por ello, el Reglamento habla de competencia internacional⁴. El propio artículo 2.d) del Reglamento 1346/2000 contemplaba esta posibilidad al definir tribunal como “*el órgano judicial o cualquier otra autoridad competente de un Estado miembro habilitado para abrir un procedimiento de insolvencia o para adoptar decisiones en el curso del procedimiento*”⁵ –esta definición también está recogida en el artículo 2 número 6 del Reglamento 2015/848–.

5. El Reglamento de insolvencia regula la competencia internacional a través de foros que determinan el Estado cuyos órganos son los competentes. Una vez que estos foros resultan aplicables y conducen a un Estado, las normas procesales internas del mismo serán las aplicables para saber qué concreto órgano de ese Estado es el competente en el caso (Considerando 15 Reglamento 1346/2000 y Considerando 26 Reglamento 2015/848).

Pues bien, en el supuesto de que, en virtud del Reglamento, los tribunales españoles resultaran competentes, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, será la que determine el concreto tribunal español competente⁶. En este sentido, el artículo 10.1 de esta Ley indica que los tribunales territorialmente competentes son los del lugar en el que la empresa tenga su centro de intereses principales. También estipula este precepto que si en España la empresa también tiene su domicilio social, pero lo tiene en un lugar distinto a aquel en el que se encuentra el centro de intereses principales, el acreedor solicitante podrá optar por demandar el concurso ante cualquiera de los Juzgados de lo Mercantil de esos dos lugares de España.

6. El foro del centro de intereses principales del deudor es el que prescribe el Reglamento en relación con un procedimiento principal de insolvencia. En este sentido, solo se aplicará si el centro de

³ El Reglamento de insolvencia 1346/2000 es el sucesor del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas, el 23 de noviembre de 1995, Convenio que nunca entró en vigor. El Convenio de 1995 fue explicado a través de un Informe emitido por los profesores Virgós y Schmit y consensuado por todos los Estados contratantes. El legislador europeo quiso que el contenido del Reglamento de insolvencia fuera prácticamente idéntico al contenido de su antecesor Convenio de 1995 y, por ello, el Informe Virgós/Schmit se puede utilizar para explicar el contenido del Reglamento 1346/2000, del mismo modo que se habría utilizado en relación con el Convenio de 1995 (para conocer la sucesión de normas que precedieron al Reglamento de insolvencia *vid.*, entre otros, E. BELTRÁN SÁNCHEZ, “El Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia”, *Tribunales de Justicia*, abril 2001, pp. 32-34)

⁴ En este sentido cabe citar, como ejemplo, el *creditors voluntary winding-up* del Reino Unido e Irlanda (F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de insolvencia: una aproximación general”, en AAVV, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 258).

⁵ Por su parte, la quiebra, el concurso de acreedores y otros procedimientos análogos que se encuentran excluidos expresamente del Reglamento 44/2001 son aquellos “*basados, según las diversas legislaciones de las partes contratantes, en la situación de suspensión de pagos, la insolvencia o el quebranto del crédito del deudor, que implican una intervención de la autoridad judicial que conduce a una liquidación forzosa y colectiva de los bienes o, al menos, a un control por parte de dicha autoridad, es preciso, para que las resoluciones relativas a una quiebra se excluyan del ámbito de aplicación del Convenio, que sean consecuencia directa de la quiebra y se mantengan estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos con las referidas características*” (STJCE de 22 de febrero 1979, *Gourdain*, 133/78, *Rec.* 1979, pg. 733, apartado 4). Esta definición introduce la necesaria intervención judicial en estos procedimientos, elemento éste que, como ya se ha comentado, no se exige en la definición de tribunal del artículo 2.d) del Reglamento 1346/2000 (D. BUREAU, “La fin d’un ilot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité” *RCDIP*, n° 4, octubre-diciembre 2002, p. 625).

⁶ BOE núm. 164, de 10 julio 2003

intereses principales del deudor se encuentra en la Unión (Considerando 25 Reglamento 2015/848). No obstante, el artículo 3 del Reglamento de insolvencia, además de regular la competencia judicial internacional respecto de la apertura de un procedimiento principal, permite que se puedan abrir procedimientos secundarios en otros Estados miembros en los que el deudor tenga un establecimiento, eso sí, en estos casos, exclusivamente en relación a los bienes que el deudor posea en el territorio de esos países (art. 3.2).

2. Regulación de la insolvencia de un grupo de sociedades

7. El Reglamento 1346/2000 no regulaba nada en relación con los procedimientos de insolvencia de empresas que pertenecen a un grupo de sociedades, esto es, no indicaba nada sobre si se podría solicitar la insolvencia de un grupo entero de sociedades, o si habría que ir sociedad por sociedad, ni sobre las posibles repercusiones de la declaración de insolvencia de la matriz en relación con las filiales y viceversa⁷.

El legislador europeo no previó nada al respecto debido a las dificultades jurídicas que una centralización competencial podría suponer al grupo de sociedades y, también, por la inseguridad que supondría un procedimiento único en relación con las diferentes sociedades regidas por distintos ordenamientos extranjeros y con dispares vínculos con sus propios acreedores⁸.

Esta ausencia de regulación ha llevado a muchos tribunales europeos a considerar que el centro de intereses principales de las filiales del grupo se encontraba donde la matriz tenía su administración central para, así, acumular la competencia ante el mismo tribunal competente en relación con la matriz⁹. De esta manera, en un mismo procedimiento se podría resolver la situación de insolvencia del grupo.

8. En la actualidad, el Reglamento 2015/848 sí recoge una regulación específica para el grupo de sociedades en el Capítulo V. Desde el principio, se hace referencia al concepto “grupo de sociedades” para definirlo como “una empresa matriz y todas sus empresas filiales” (art. 2 número 13) y, después, en los artículos 56 y siguientes, el legislador europeo recoge las características del procedimiento de insolvencia en las distintas sociedades del grupo. En este Capítulo V, merece la pena destacar el deber de cooperación y de información que debe existir entre los administradores concursales de los distintos procedimientos abiertos y entre los órganos jurisdiccionales competentes en todos ellos (Considerando 52).

3. Materias objeto de regulación del Reglamento de insolvencia

9. El Reglamento no regula los límites de la jurisdicción en esta materia, es decir, no determina si es posible utilizar la *vis attractiva concursus* que existe en algunos ordenamientos y que permite conocer, junto con el estricto procedimiento de insolvencia, todas las acciones derivadas del mismo.

10. Como el Reglamento no dice nada, para saber qué cuestiones pueden ser sometidas a la jurisdicción del tribunal competente se propone utilizar la definición que el Tribunal de Justicia ha dado de “*quiebra, convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos*” como materia excluida del Convenio de Bruselas de 1968 (actual Reglamento 1215/2012)¹⁰.

⁷ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Thomson, Navarra, 2006, p. 43

⁸ J.L. VALLENS, “La maison mère d’un groupe, centre de intérêts principaux de ses filiales étrangères”, *Dalloz*, 2006, p. 796. En este sentido de la inconveniencia de aplicar el universalismo a los grupos de sociedades, J.L. WESTBROOK, “A global solution to multinational default”, *Michigan Law Review*, vol. 98, n° 7, 2000, p. 2312.

⁹ J.L. VALLENS, “La maison mère d’un groupe, centre de intérêts principaux de ses filiales étrangères”, *Dalloz*, 2006, p. 796.

¹⁰ N. WATTE/V. MARQUETTE, “Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev.dr.com.belge*, 2001, p. 566

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, BOE núm. 24, de 28 enero 1991, p. 2910 (DO núm. C27, de 26 enero 1998).

Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

Según el órgano jurisdiccional europeo, “Considerando que, por lo que se refiere a las quiebras, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, que son procedimientos basados, según las diversas legislaciones de las partes contratantes, en la situación de suspensión de pagos, la insolvencia o el quebranto del crédito del deudor, que implican una intervención de la autoridad judicial que conduce a una liquidación forzosa y colectiva de los bienes o, al menos, a un control por parte de dicha autoridad, es preciso, para que las resoluciones relativas a una quiebra se excluyan del ámbito de aplicación del Convenio, que sean consecuencia directa de la quiebra y se mantengan estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos con las referidas características”¹¹.

En efecto, el carácter complementario que deben tener estas normas, el actual Reglamento 1215/2012 y el Reglamento 1346/2000, lleva a interpretar que las materias en cuestión excluidas del primero se encuentran incluidas en el segundo (Informe Virgós/Schmit, apartado 77). En este sentido también se pronuncia el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario (apartado 26), pero, con una interpretación estricta que debe realizarse del ámbito de aplicación del Reglamento de insolvencia y, por ello, teniendo en cuenta que las acciones cubiertas por esta norma son “las que emanan directamente de un procedimiento de insolvencia y las que están estrechamente relacionadas con él (en lo sucesivo, acciones conexas)” (apartado 27).

4. Procedimiento principal y procedimientos secundarios

11. Los tribunales del lugar en el que el deudor tiene el centro de intereses principales serán competentes para conocer del procedimiento principal de insolvencia, procedimiento que se va a seguir sobre todos los bienes del deudor, independientemente de dónde se encuentren, en el mismo Estado miembro, en otro Estado miembro o en un tercer Estado. Así, el Considerando 12 Reglamento 1346/2000 y Considerando 23 del Reglamento 2015/848 disponen que “[...] Dichos procedimientos tienen alcance universal y su objetivo es abarcar todos los bienes del deudor [...]”¹².

12. En ese procedimiento podrán participar todos los acreedores del deudor, de nuevo, independientemente de dónde tengan sus domicilios¹³. En efecto, el procedimiento de insolvencia regulado por el Reglamento es de carácter universal, tanto en relación con la masa activa (todos los bienes del deudor se encuentran sujetos a este procedimiento) como en relación con la masa pasiva (todos los acreedores pueden participar en él), como respecto a la ley aplicable (una única ley, la *lex fori concursus*)¹⁴.

¹¹ STJCE 22 febrero 1979, *Gourdain*, 133/78, *Rec.* 1979, p. 733, apartado 4. M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, p. 62

¹² En este sentido se pronuncian el Informe Virgós/Schmit, apartado 73; M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, p. 25; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho concursal internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del comercio internacional*, Colex, 2012, p. 1935; I. FLETCHER, “Scope and Jurisdiction”, en G. MOSS/I. FLETCHER/S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated guide*, Oxford University Press, 2002, p. 41; C. ESPLUGUES MOTA, “Procedimientos de insolvencia transfronterizos”, *Revista Seqüència*, nº 52, julio 2006, p. 12; M.J. VERDÚ CAÑETE, *Procedimientos concursales comunitarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 53. Sin embargo, otros autores consideran excesiva la extensión del procedimiento a los bienes situados fuera de la Unión Europea (N. WATTE/V. MARQUETTE, “Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev.dr.com.belge*, 2001, p. 572). Lo anterior no obstaría a que el órgano competente de un Estado miembro pidiera la colaboración del deudor en relación con bienes situados en terceros países (N. WATTE/V. MARQUETTE, “Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev.dr.com.belge*, 2001, p. 573).

¹³ Informe Virgós/Schmit, apartado 73; I. FLETCHER, “Scope and Jurisdiction”, en G. MOSS/I. FLETCHER/S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated guide*, Oxford University Press, 2002, p. 41.

¹⁴ M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, p. 25; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de insolvencia: una aproximación general”, en AAVV, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 246; M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 102 (este último, en relación con la aplicación de la *lex fori* al procedimiento).

El artículo 32 del Reglamento 1346 y el artículo 45 del Reglamento 848 indican la universalidad en relación con la masa pasiva.

13. Ahora bien, el Reglamento responde a un *universalismo mitigado* en cuanto a la ley aplicable al mismo, ya que recoge determinadas reglas particulares que atenúan este carácter universal del procedimiento¹⁵. Así, por un lado, se quiebra la universalidad en la ley aplicable por cuanto existen cuestiones particulares a las que no se va a aplicar la ley del foro¹⁶. Por otro lado, también se quiebra la universalidad en el procedimiento, en la medida en que, junto al procedimiento principal, pueden abrirse procedimientos secundarios en los Estados donde el deudor tenga un establecimiento (art. 3.2)¹⁷. Además, en el caso de que no se haya iniciado un procedimiento principal, se podría solicitar la apertura de un procedimiento autónomo bajo determinados presupuestos (art. 3.4).

14. En relación con esto último, el Capítulo III del Reglamento regula los procedimientos secundarios de insolvencia, procedimientos que pueden abrirse, junto con el principal, en los Estados miembros donde el deudor tenga un establecimiento y en relación con los bienes que existan en esos países –los acreedores que pueden concurrir a esos procedimientos, sin embargo, no tienen que ser locales, pueden ser europeos o de terceros Estados (art. 32 Reglamento 1346 y art. 45 Reglamento 848)–¹⁸.

Los procedimientos secundarios son procedimientos territoriales, los cuales, a su vez, pueden ser, también, autónomos o independientes cuando se abren sin la existencia de un procedimiento principal¹⁹. Por lo tanto, los procedimientos territoriales pueden ser secundarios, cuando existe un procedimiento principal, o independientes, cuando no existe un procedimiento principal²⁰. El Considerando

¹⁵ M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, p. 26.

¹⁶ M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 91-141. En efecto, la ley aplicable al procedimiento de insolvencia será la ley del foro, el Derecho nacional concursal del foro (art. 4 Reglamento 1346 y art. 7 Reglamento 848), sin embargo, en relación con determinadas situaciones particulares, dicha ley nacional puede no ser la aplicada. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el Reglamento dispone que los efectos del procedimiento de insolvencia en relación con un contrato sobre un bien inmueble quedarán regulados por la ley del país en el que el bien se encuentre situado (art. 8 Reglamento 1346 y art. 11 Reglamento 848). En este punto, la universalidad se rompe, no todos los bienes del deudor van a quedar regulados por la misma ley (M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 117; C. ESPLUGUES MOTA, “Procedimientos de insolvencia transfronterizos”, *Revista Seqüència*, nº 52, julio 2006, p. 18).

¹⁷ “Establecimiento” es, a efectos del Reglamento 1346/2000, “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes” (art. 2.g) y, en el marco del Reglamento 2015/848, “todo lugar de operaciones en el que un deudor ejerza o haya ejercido, en los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento principal de insolvencia, de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y materiales” (art. 2 número 10)

¹⁸ M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, p. 27 y p. 175; N. WATTE/V. MARQUETTE, “Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev.dr.com.belge*, 2001, p. 566; M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 77; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Thomson, Navarra, 2006, p. 150.

Estos procedimientos secundarios, en el marco del Reglamento 1346, debían ser procedimientos de liquidación (art. 3.3) –a diferencia de los principales que pueden ser de liquidación o de saneamiento de la empresa– (F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de insolvencia: una aproximación general”, en AAVV, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 247; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ “Las normas de Derecho internacional privado de la ley concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento”, *RJC*, 2004, p. 1276)

¹⁹ M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 27-28.

²⁰ Informe Virgós/Schmit, apartado 25; M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 76-77.

Los procedimientos independientes se pueden iniciar en dos circunstancias que difieren según hablemos del Reglamento 1346 o del Reglamento 848. Así, en virtud del primero, esas circunstancias recogidas en el artículo 3.4 son: 1) no se puede abrir un procedimiento principal según la ley del Estado en el que el deudor tiene su centro de intereses principales (*ad ex.*, porque esa ley no permite la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un deudor no comerciante (I. FLETCHER, “Scope and Jurisdiction”, en G. MOSS/I. FLETCHER/S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated guide*, Oxford University Press, 2002, p. 43; N. WATTE/V. MARQUETTE, “Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev.dr.com.belge*, 2001, p. 574); 2) el procedimiento territorial ha sido iniciado por un acreedor con domicilio, sede o residencia habitual en ese Estado donde el deudor tiene un establecimiento o cuando tiene un crédito derivado de la explotación de dicho establecimiento. De este modo, la apertura del procedimiento independiente se limita, salvo en el caso de que no pudiera iniciarse un procedimiento principal, a los acreedores locales y a los acreedores del establecimiento local del deudor (Considerando 17); sin embargo, una vez iniciado el procedimiento, podrán participar en el mismo todos los acreedores interesados, independientemente de dónde se encuentren establecidos (Informe Virgós/Schmit,

17 del Reglamento 1346 y el artículo 3.4 del Reglamento 848 estipulan también que, si después de la apertura del procedimiento autónomo se inicia un procedimiento principal, el primero se convierte en procedimiento secundario²¹.

La apertura de un procedimiento secundario se justifica por varias razones (Considerando 19 Reglamento 1346 y Considerando 40 Reglamento 848). Por un lado, para proteger intereses locales. En segundo lugar, porque puede haber casos en los que los bienes del deudor sean demasiado complejos para poder administrarse de forma unitaria. Por último, porque las diferencias entre los Derechos nacionales en materia concursal pueden ser tan grandes que pueden existir dificultades a la hora de que se apliquen dichas legislaciones en otros Estados miembros donde el deudor tenga bienes.

III. Cuestiones planteadas

1. Tribunal competente para determinar los bienes sujetos al procedimiento secundario de insolvencia

A. Competencia

15. El Tribunal de Justicia, alegando reiterada jurisprudencia en relación con la competencia del artículo 3.1 del Reglamento 1346/2000, considera que el efecto útil del mencionado Reglamento de insolvencia lleva a aplicar por analogía lo dicho en relación con el artículo 3.1 respecto de la competencia en un procedimiento secundario del artículo 3.2 de la norma –lo mismo cabe decir en relación con el Reglamento 2015/848–.

16. Por lo tanto, el tribunal competente en el procedimiento secundario, esto es, el tribunal del Estado donde el deudor tenga establecimiento, también será competente para resolver cuestiones anexas que pudieran plantearse relacionadas con él, como, por ejemplo, si tiene competencia para determinar los bienes del deudor afectos al procedimiento.

El Considerando 35 del Reglamento 848 así lo estipula al afirmar que el tribunal competente en el procedimiento de insolvencia lo será para conocer de las acciones que se deriven directamente del procedimiento y de todas las demás que guarden estrecha vinculación con éste.

B. Carácter de la competencia: exclusiva o alternativa

17. Una vez establecido que la competencia para determinar los bienes sujetos al procedimiento secundario la tiene el órgano competente en ese procedimiento, el Tribunal de Justicia estudia si esa competencia debe ser exclusiva o debe compartirse con el tribunal competente en el procedimiento principal.

Pues bien, la respuesta del Tribunal europeo es la segunda, esto es, esa competencia es concurrente o alternativa respecto del tribunal que está conociendo del procedimiento principal.

18. La razón fundamental que aporta el Tribunal de Luxemburgo es el hecho de que la decisión respecto de esos bienes del deudor que deben considerarse sujetos al procedimiento secundario, afecta al procedimiento principal puesto que se trataría de bienes que ya no podrían ser tenidos en cuenta en éste.

apartado 27; M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 78). En cambio, en el marco del actual Reglamento 848, mientras la primera circunstancia es similar a la que acabamos de mencionar del texto derogado, la segunda es diferente. En efecto, en segundo lugar, puede abrirse un procedimiento independiente del principal cuando lo inicia: 1) un acreedor cuyo crédito tenga su origen en la explotación de un establecimiento del deudor situado en el Estado donde se inicia el procedimiento secundario o que se esté relacionado con esta explotación; 2) una autoridad pública que tenga competencia, según la ley del Estado donde se encuentra el establecimiento, para la apertura del procedimiento.

²¹ Informe Virgós/Schmit, apartado 25.

19. Si bien esta argumentación tiene todo el sentido, también es verdad que el atribuir competencia alternativa en este tema –como en cualquiera– puede tener como consecuencia negativa que se dicten resoluciones contradictorias al respecto. En este sentido, el órgano jurisdiccional europeo alega el artículo 25.1 del Reglamento 1346, en virtud del cual, los jueces están obligados a reconocer resoluciones anteriores dictadas por otros tribunales competentes en relación con estas cuestiones anexas, esto es, acciones que *deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden inmediata relación con éste* –en el mismo sentido se pronuncia el artículo 32.1 del Reglamento 848–.

20. La universalidad del procedimiento conlleva que la resolución de apertura del mismo sea reconocida y ejecutada en todos los Estados miembros, de forma automática (art. 16 Reglamento 1346 y art. 19 Reglamento 848) y, por tanto, produzca en todos ellos los mismos efectos que le atribuye la ley del Estado del foro²².

En relación con el resto de resoluciones dictadas por el órgano competente –resoluciones relativas a cuestiones anexas que aparecen específicamente previstas en el segundo párrafo del artículo 25.1 del Reglamento 1346 y del artículo 32.1 del Reglamento 848, por ejemplo–, el Reglamento sigue estableciendo el reconocimiento automático pero, respecto de la ejecución, el texto europeo remite al régimen previsto con carácter general en materia civil y mercantil, esto es, al Convenio de Bruselas de 1968, en el caso del Reglamento 1346, y al Reglamento 1215/2012, en el caso del Reglamento 848. Por lo tanto, en la actualidad, en estos casos, se deben aplicar las reglas de procedimiento del Reglamento 1215/2012 y las reglas de control de la decisión del Reglamento de insolvencia²³.

El único motivo que aparece expresamente recogido en el Reglamento de insolvencia para no reconocer o ejecutar una resolución en esta materia es que el reconocimiento o la ejecución atente contra el orden público internacional del Estado requerido, en especial, cuando atente contra los principios fundamentales o contra los derechos y libertades individuales recogidos en la Constitución (art. 26 Reglamento 1346 y art. 32 Reglamento 848)²⁴. En el marco del Reglamento 1346, además del orden público,

²² J.L. VALLENS, “L’*exequatur* des jugements étrangers de faillite après le Règlement communautaire sur les procédures d’insolvabilité”, *Petites affiches*, nº 18, 13 juin 2002, p. 16.

Algunos autores consideran que esa decisión de apertura del procedimiento de insolvencia debe ser pronunciada por un órgano judicial, todo ello, por la aplicación analógica en este punto del Convenio de Bruselas de 1968 (actual Reglamento 1215/2012) (J.L. VALLENS, *Petites affiches*, nº 18, 13 juin 2002, p. 19). Lo anterior contradice la afirmación que se ha hecho más arriba de que el órgano que puede conocer de un procedimiento de insolvencia no tiene que ser necesariamente judicial.

La “*resolución de apertura del procedimiento*” no sólo es aquella que así se considera por el Derecho del foro, también debe ser entendida como tal, toda resolución dictada en el procedimiento de insolvencia del deudor, cuando implique el despojo del mismo y el nombramiento de un síndico (STJUE de 2 mayo 2006, *Eurofood*, C-341/04, *Rec.* 2011, pg. I-03813, apartado 54). Igualmente, el juez competente podrá adoptar las medidas provisionales o cautelares sobre bienes situados en otros Estados miembros; del mismo modo, el síndico provisional, nombrado con anterioridad a la apertura del procedimiento, también podrá actuar en los Estados miembros donde el deudor tenga establecimientos, adoptando medidas de seguridad previstas en la ley de dicho Estado (Considerando 16 Reglamento 1346).

²³ J.L. VALLENS, *Petites affiches*, nº 18, 13 juin 2002, p. 20. En relación con estas últimas reglas de control de la decisión, el autor cita las siguientes: 1) la habilitación del síndico (arts. 19 y 53 del Reglamento de insolvencia 1346/2000); 2) la competencia del juez extranjero del lugar del centro de intereses principales del deudor a los efectos del *exequatur* de la decisión de apertura del procedimiento (art. 17 del Reglamento de insolvencia 1346/2000); 3) la cualidad de la jurisdicción competente en el sentido del artículo 2.d) del Reglamento 1346/2000; 4) el carácter ejecutorio de la decisión, y la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución de la resolución en caso de que en el Estado de origen se recurra la misma, tal como prescribe el artículo 37.1 del Reglamento 44/2001; 5) que la decisión no atente contra el orden público internacional del Estado requerido (art. 26 del Reglamento de insolvencia 1346/2000); 6) las características del deudor para que pueda ser sujeto de estos procedimientos de insolvencia del Reglamento; 7) la presencia de bienes del deudor sobre el territorio nacional; 8) la ausencia de un establecimiento del deudor en ese Estado que justifique la apertura de un procedimiento secundario en ese país (art. 17); 8) la ausencia de un procedimiento secundario en el Estado requerido (J.L. VALLENS, *Petites affiches*, nº 18, 13 juin 2002, p. 21).

²⁴ El orden público al que hace referencia debe ser interpretado de la misma manera restrictiva que como se interpreta en el marco del anterior Convenio de Bruselas de 1968, actual Reglamento 1215/2012 (STJUE de 2 mayo 2006, *Eurofood*, C-341/04, *Rec.* 2006, pg. I-03813, apartado 62). De esta manera, debería alegarse la excepción de orden público para no reconocer una resolución en esta materia cuando dicho reconocimiento menoscabe un principio fundamental del ordenamiento del Estado requerido, esto es, cuando viole una norma jurídica que se considere fundamental en dicho país o cuando lesione un derecho, también fundamental, en dicho Estado (STJUE de 2 mayo 2006, *Eurofood*, C-341/04, *Rec.* 2006, pg. I-03813, apartado 63). En el asunto *Eurofood*, el Tribunal de Justicia consideró que se puede alegar orden público cuando la resolución a reconocer se ha

los Estados miembros, también, no debían reconocer ni ejecutar decisiones que tuvieran por efecto una limitación de la libertad personal o del secreto postal (art. 25.3 Reglamento 1346).

2. Ley aplicable a la determinación de los bienes sujetos al procedimiento de insolvencia

21. La ley aplicable al procedimiento de insolvencia, ya sea éste principal o secundario, es la *lex fori concursus*, esto es, como ya se ha mencionado anteriormente, la ley del país donde se ha iniciado el procedimiento.

22. En este sentido, el tribunal remitente también pregunta por el Derecho aplicable a la determinación de los bienes sujetos al procedimiento secundario. Teniendo en cuenta los Considerandos 6 y 23 del Reglamento 1346/2000 –Considerandos 6 y 66 del Reglamento 848–, se puede interpretar que el legislador europeo entiende que las cuestiones que tengan normas de conflicto específicamente previstas para ellas en el Reglamento mencionado, deberán quedar reguladas por el mismo, sin embargo, para aquellas otras cuestiones que no sean objeto de tratamiento en el texto, el juez competente tendrá que aplicar sus normas de conflicto de Derecho internacional privado para determinar la ley reguladora de las mismas.

Pues bien, la *lex fori concursus* será la que determine, entre otras cuestiones, los bienes que forman parte de la masa activa²⁵. En este sentido, el artículo 27.1 del Reglamento 1346 –artículo 34 del Reglamento 848– establece que los bienes del deudor afectados en el procedimiento secundario son los que se encuentren en el territorio del Estado donde se ha iniciado este procedimiento. Por tanto, el problema está en determinar los criterios de localización de los bienes.

23. Siguiendo el artículo 2.g) del Reglamento, el “«Estado miembro en el que se encuentre un bien» [es]²⁶:

- para los bienes materiales, el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el bien,
- para los bienes y derechos cuya propiedad o titularidad deba inscribirse en un registro público: el Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve dicho registro,
- para los créditos: el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de los intereses principales de su deudor, tal como se determina en el apartado 1 del artículo 3”;

24. Por todo ello, el Tribunal de Justicia concluye que corresponde al juez del procedimiento secundario determinar, siguiendo los criterios anteriores, qué bienes se encuentran en el territorio del Estado del foro. Esos bienes que se encuentren, en nuestro caso, en Francia, serán los que estén sujetos al procedimiento secundario iniciado en este país.

El momento a tener en cuenta para determinar el lugar de situación de los bienes es el de apertura del procedimiento de insolvencia²⁷.

IV. Conclusiones

25. El caso objeto de estudio se plantea en relación con un procedimiento secundario de insolvencia abierto en Francia, encontrándose el procedimiento principal en curso en Reino Unido. En este esce-

dictado vulnerando el derecho fundamental a ser oído en el procedimiento de la persona afectada por el mismo (STJUE de 2 mayo 2006, *Eurofood*, C-341/04, *Rec.* 2006, pg. I-03813, apartado 67).

²⁵ M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 79-80; M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 103; M.J. VERDÚ CAÑETE, *Procedimientos concursales comunitarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 79.

²⁶ M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 164-167.

²⁷ M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, 2003, p. 163; M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 76.

nario, el Tribunal de Justicia tiene que resolver dos cuestiones de Derecho Internacional Privado, cuales son, la competencia judicial internacional del juez del procedimiento secundario y el Derecho aplicable, en ambos casos, para determinar los bienes del deudor sujetos al procedimiento secundario de insolvencia.

26. En este sentido, comenzando por la primera, el Tribunal europeo, reiterando jurisprudencia anterior, afirma que el juez del procedimiento secundario es competente, no sólo para conocer de dicho procedimiento en sentido estricto, sino, también, para conocer de las cuestiones relacionadas con el mismo que pudieran plantearse. Entre estas cuestiones relacionadas se encuentra la determinación de los bienes del deudor que se encontrarían afectados en el procedimiento secundario y que, por tanto, escaparían del procedimiento principal.

27. Si bien es claro que la competencia para conocer de cuestiones anexas al procedimiento de insolvencia secundario también debe tenerla el juez que está conociendo de este procedimiento, es más controvertido que esa competencia tenga carácter alternativo o concurrente respecto de la que tiene el juez del procedimiento principal. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo establece en la sentencia comentada que cuestiones relacionadas con el procedimiento secundario de competencia, tales como la determinación de los bienes del deudor que se deben tener en cuenta en este procedimiento, puedan ser determinadas tanto por el juez del procedimiento secundario como por el juez del procedimiento principal, de forma concurrente o alternativa, por tanto.

La razón que justifica esta afirmación para el Tribunal europeo es que esos bienes que se imputan al procedimiento secundario afectan al procedimiento principal porque suponen un detrimento de la masa activa en este último procedimiento. Si bien podemos estar de acuerdo con el argumento para justificar llegar a esta conclusión, también hay que tener en cuenta las consecuencias que puede conllevar la puesta en práctica de esta competencia concurrente. Esto es, es lógico que si dos tribunales distintos pueden pronunciarse sobre la misma cuestión, las resoluciones que dicten puedan ser contradictorias y, en el contexto internacional en el que nos movemos, puedan plantearse problemas de reconocimiento o ejecución de ambas en otro Estado.

En este sentido, consciente el legislador de esta posibilidad, se han regulado mecanismos de coordinación en el supuesto de que existan diversas resoluciones que resuelvan la misma cuestión. Así, el actual Reglamento de insolvencia recoge la tradicional regla de *prior tempore potior iure*, según la cual, la resolución dictada anteriormente será reconocida de pleno derecho en el resto de Estados miembros. Respecto de la ejecución, la norma remite al Reglamento 1215/2012 –texto que también recoge el principio *prior tempore potior iure* antes mencionado–.

28. Solucionar el problema de la competencia concurrente se plantea por la propia existencia de esta última, de tal modo que, si se estableciera la competencia exclusiva del juez del procedimiento secundario, no habría ninguna preocupación por la posibilidad de convivencia de resoluciones contradictorias en este tema. Por otro lado, el hecho de que el juez del procedimiento secundario tuviera la competencia exclusiva sobre las cuestiones conexas al mismo, no sería tan desproporcionado si partimos de la premisa de que tiene la competencia exclusiva en relación con el propio procedimiento secundario. Por lo tanto, sería razonable pensar que también pudiera tener la competencia exclusiva en relación con las cuestiones relacionadas con aquel.

29. Por último, en relación con el Derecho aplicable, el Tribunal de Justicia estipula que la ley reguladora de la determinación de los bienes del deudor es la *lex fori concursus*. Utilizando el principio de especialidad, el órgano judicial europeo afirma que la ley concursal será la que resuelva las cuestiones que ella misma recoge, dejando la regulación del resto de materias al Derecho que determinen las normas de conflicto del foro aplicables. Como el Reglamento de insolvencia regula la cuestión planteada de determinación de los bienes del deudor en el artículo 2.g), el juez del procedimiento secundario tendrá que seguir los criterios recogidos en este precepto para concretar los bienes del deudor que formarán parte de la masa activa en relación con este procedimiento secundario.

RECURSO EXTRAORDINARIO EN EL ESTADO DE ORIGEN.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 17 DICIEMBRE 2015,
IMTECH MARINE, C-300/14

REVIEW IN EXCEPTIONAL CASES IN THE MEMBER STATE
OF ORIGIN. JUDGMENT OF THE COURT (FOURTH CHAMBER)
OF 17 DECEMBER 2015, IMTECH MARINE, CASE C-300/14

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
orcid ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3899>

Resumen: El artículo 19 del Reglamento 805/2004, relativo al título ejecutivo europeo, es el precepto objeto de estudio por parte del Tribunal de Justicia en esta sentencia. En este artículo, el legislador europeo regula el recurso extraordinario contra la resolución por la cual se emite el título ejecutivo europeo. En este sentido, el precepto indicado establece la necesidad de que exista esta posibilidad de revisión de la resolución, en los casos en los que el deudor haya permanecido en rebeldía forzosa durante el procedimiento que ha dado lugar a la misma, y como requisito para que pueda ser certificada como título ejecutivo europeo la mencionada resolución. En relación con este artículo 19, el Tribunal de Luxemburgo aclara, entre otras cuestiones, que no es obligatorio para los Estados miembros del Reglamento regular en sus ordenamientos el recurso al que alude el precepto. Sin embargo, en el caso de que no exista esa posibilidad de revisión conforme a la legislación del foro, la resolución no podrá ser certificada como título ejecutivo europeo. Todo lo cual no significa que aquella no pueda circular por la Unión Europea, lo puede hacer, pero siempre que se acoja a otras normas aplicables en la materia, como el Reglamento 1215/2012.

Palabras clave: título ejecutivo europeo, recurso extraordinario.

Abstract: Article 19 of Regulation 805/2004, creating the European Enforcement Order, is the precept studied by the European Court in this judgment. In this article, the European legislator regulates the extraordinary appeal against the decision by which the European enforcement order is issued. The indicated article establishes the need for this possibility of revision of the resolution, in cases in which the debtor has remained in forced rebellion during the procedure, and as a requirement for that the resolution may be certified as the European Enforcement Order. In relation to this article 19, the Luxembourg Court clarifies, among other things, that it is not compulsory for the Member States to regulate in their legal systems this review. However, in the event that there is no such possibility of revision under the law of the forum, the resolution can not be certified as a European Enforcement Order. In these cases, the creditor may instead choose the system of recognition and enforcement under Regulation (EC) No 1215/2012 or other European instruments.

Keywords: European Enforcement Order, review in exceptional cases.

Sumario: I. Hechos del caso. II. Cuestiones preliminares. 1. Notificación al deudor del procedimiento relativo al crédito. 2. Recurso extraordinario en el Estado de origen contra la resolución que certifica el TEE. III. Cuestiones planteadas. 1. Artículo 19. Obligación para los Estados miembros. 2. Plazos para interponer el recurso. 3. Órgano competente para emitir el certificado de TEE. IV. Conclusiones.

I. Hechos del caso

1. Esta sentencia del Tribunal de Justicia tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Amberes. El órgano jurisdiccional remitente, básicamente, pregunta al Tribunal de Luxemburgo sobre el artículo 19 del Reglamento 805/2004 –RTEE, en adelante¹.

2. El caso objeto de la sentencia comentada parte de la existencia de un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual, Imtech Marine prestó sus servicios a Radio Hellenic quien, a su vez, tenía la obligación de pagar una contraprestación económica por ello y no lo hizo. Debido al incumplimiento del pago, el prestador interpuso demanda ante el Tribunal de lo mercantil de Amberes reclamando el pago debido y solicitando que la resolución judicial dictada fuera certificada como TEE al amparo del Reglamento 805/2004.

De las dos peticiones formuladas, el Tribunal de Amberes estimó la primera y denegó la segunda. Respecto del incumplimiento del pago, el órgano jurisdiccional consideró que Radio Hellenic no había cumplido con las obligaciones a las que se había comprometido al concluir el contrato con Imtech y, por ello, la condenó a pagar la cantidad establecida. En el procedimiento seguido ante el Tribunal de Amberes, la demandada permaneció en rebeldía. En cuanto a la solicitud de certificación de la resolución judicial como título ejecutivo europeo –TEE, en adelante-, el órgano jurisdiccional concluyó que no podía hacer tal cosa porque el ordenamiento del foro no estaba adaptado al RTEE.

Ante la negativa del Tribunal de lo mercantil de Amberes de certificar como TEE la resolución judicial dictada, la parte demandante recurrió en apelación para solicitar aquello que le había sido denegado en primera instancia. El Tribunal de Apelación, a la vista de que el ordenamiento belga no regula el recurso extraordinario que recoge el artículo 19 del RTEE y, por lo tanto, no puede ofrecer esa posibilidad de recurrir al deudor, planteó una cuestión prejudicial al TJUE para preguntar, entre otras cuestiones, si el legislador belga está obligado a desarrollar en el ordenamiento del foro las prescripciones del artículo 19 del Reglamento.

II. Cuestiones preliminares

3. El Reglamento 805/2004 regula la creación de un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, que permita la libre circulación de resoluciones judiciales, de transacciones judiciales o de documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin necesidad de ningún procedimiento intermedio de reconocimiento o ejecución en el Estado requerido (art. 1). El RTEE exige que el documento donde consta el crédito reúna una serie de requisitos que aparecen recogidos en el artículo 6 y, una vez cumplidos todos

¹ Reglamento 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DOUE L143, de 30 abril 2004, pp. 15-39.

Vid., entre otros, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006; F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Colex, Madrid, 2005; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, Navarra, 2005; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del Título Ejecutivo Europeo en el Derecho procesal español”, en AAVV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, 2006, pp. 193-217; P. BLANCO-MORALES LIMONES/A. DURÁN AYAGO, “Luces y sombras del título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados” en A.L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 41-69; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 802/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, , pp. 371-400.

ellos, se pueda certificar el documento como TEE a efectos de que sea ejecutado de forma automática en el resto de Estados de la Unión Europea –excepto Dinamarca².

1. Notificación al deudor del procedimiento relativo al crédito

4. Uno de esos requisitos *para la certificación como título ejecutivo europeo* es que el crédito haya sido notificado al deudor a través del escrito de incoación o documento equivalente (arts. 13 y 14). Así es, el legislador europeo permite la libre circulación del TEE certificado después de garantizar que el deudor –o su representante– ha tenido conocimiento de la existencia del proceso contra él, con tiempo suficiente para preparar su defensa³.

Por su parte, los artículos 16 y 17 regulan la información que se ha de proporcionar al deudor en este sentido. En efecto, se ha de informar de la existencia y contenido del crédito (art. 16) y de los requisitos procesales para impugnarlo (art. 17)⁴.

5. El TEE sólo se expide sobre créditos no impugnados, esto es, sobre créditos aceptados por el deudor o créditos sobre los que el deudor no manifiesta ninguna objeción (art. 3).

Esta condición ha sido criticada por la doctrina porque no entiende por qué los créditos impugnados, esto es, aquellos respecto de los cuales el deudor ha manifestado su oposición, una vez ha sido resuelto el procedimiento dentro del cual se han sustanciado, no pueden circular libremente por la Unión Europea; tal como ocurre con los no impugnados. En efecto, el objetivo del legislador europeo al respecto es que el deudor conozca de la existencia de un proceso relativo al crédito que exista contra él, y por ello exige el requisito de notificación, pero este objetivo no se ve truncado en ningún momento cuando

² Todos los requisitos exigidos que se encuentran en el art. 6.1 del Reglamento son los siguientes: a) carácter ejecutivo de la resolución; b) respecto de ciertas normas de competencia por parte del Tribunal del Estado de origen; c) cumplimiento de las normas mínimas aplicables a los procedimientos; 4) domicilio del deudor en el Estado donde se ha emitido la resolución, en los supuestos en los que el deudor es consumidor (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 720; M. Y. PALOMO HERRERO, “Capítulo IV.1. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Título Ejecutivo Europeo”, en M. JIMENO BULNES (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 141-147; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 387-393; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 59-66; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 111-149; F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 41-71; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, pp. 107-145; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del título ejecutivo europeo en el Derecho procesal español”, en AA.VV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, pp. 204-212).

³ Como acabamos de comentar, es posible notificar al representante del deudor, en virtud del artículo 15 del Reglamento y del Considerando 16, tanto al representante legal como a los representantes técnicos como abogado, procurador o graduado social (M. Y. PALOMO HERRERO, “Capítulo IV.1. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Título Ejecutivo Europeo”, en M. JIMENO BULNES (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 145; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 124; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 390).

⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 721; M. Y. PALOMO HERRERO, “Capítulo IV.1. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Título Ejecutivo Europeo”, en M. JIMENO BULNES (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 145-146; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 388; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 105-106; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 59-66; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 149-151; F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 69-71; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, pp. 134-141; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del título ejecutivo europeo en el Derecho procesal español”, en AA.VV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, pp. 211-212).

hay una oposición al crédito por parte del deudor, porque, el hecho de que haya actuado así, impugnando el crédito, significa que ha tenido conocimiento de su existencia. Por lo tanto, no habría ningún motivo para no permitir que estos créditos impugnados también gozaran de la ejecución automática en los Estados de la Unión Europea –excepto Dinamarca–⁵.

2. Recurso extraordinario en el Estado de origen contra la resolución que certifica el TEE

6. La preocupación del legislador europeo por que el deudor sea informado de la existencia del proceso contra él, se mantiene en el supuesto de que el deudor haya permanecido en rebeldía forzosa, puesto que, en este caso, no hay certidumbre acerca de que haya conocido la existencia del procedimiento contra él. Esto es, aunque haya habido notificación, no hay garantía del conocimiento del crédito por su parte. Aun así, es posible certificar el TEE si el ordenamiento del Estado de origen ofrece la posibilidad de recurrir contra la resolución dictada (art. 19).

En efecto, para garantizar que el crédito reconocido en la resolución judicial sea no impugnado por parte del deudor, el legislador europeo debe exigir determinados requisitos adicionales en el supuesto en el que el deudor haya permanecido en rebeldía en el proceso y no haya podido, por tanto, manifestar su oposición al crédito. En concreto, el artículo 19 regula la necesidad de que esté previsto, en la legislación del Estado de origen, un recurso extraordinario contra el certificado del TEE, que garantice la oportunidad dada al deudor de impugnar el crédito reclamado frente a él⁶. En este sentido, se parte de la premisa de que el deudor ha permanecido en rebeldía forzosa en el procedimiento que ha dado lugar a la certificación del TEE.

7. Las circunstancias alternativas recogidas en el artículo 19.1 representan esa situación de rebeldía forzosa del deudor en el procedimiento que ha dado lugar a la certificación del TEE⁷. Por ello, estas circunstancias son las siguientes:

- a) que la notificación del documento de incoación del procedimiento o similar, o el de citación para una vista, se haya realizado según alguno de los métodos regulados en el artículo 14 del Reglamento, todos ellos sin acuse de recibo por parte del deudor. En este caso, también se debe cumplir que la notificación no se haya realizado con la suficiente antelación para que el deudor pudiera organizar su defensa, sin poder hacerle responsable de este hecho
- b) “que el deudor no hubiera podido impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad”

En ambos casos, el deudor es el que tiene que probar su actuación de buena fe y la imposibilidad de defenderse⁸.

Respecto del escenario planteado en la letra a), en relación con el primer requisito, la doctrina considera que la suficiente antelación con la que no se ha notificado al deudor la incoación del procedimiento debe ser entendida teniendo en cuenta que el tiempo que no ha sido suficiente debe empezar a contar, no desde el momento de la notificación, sino desde el momento en el que el deudor tiene conocimiento de la misma. Así es, en este supuesto la notificación no se realiza en la persona del deudor y, por ello, el tiempo empezará a contar desde el momento en que el deudor tiene conocimiento de ello y no desde el momento en que se practica la notificación (Considerando 14)⁹.

⁵ R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 386.

⁶ La interposición del recurso puede suponer la suspensión del procedimiento de ejecución en el Estado requerido, según prescribe el artículo 23 del Reglamento.

⁷ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título ejecutivo europeo*, Thomson, Navarra, 2006, p. 156.

⁸ M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del título ejecutivo europeo en el Derecho procesal español”, en AA.VV. *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, p. 213; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, p. 113.

⁹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título ejecutivo europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 157-158.

III. Cuestiones planteadas

1. Artículo 19. Obligación para los Estados miembros

8. Según el artículo 19, sólo podrá certificarse como título ejecutivo europeo la resolución judicial que pueda ser recurrida en el Estado de origen por el deudor rebelde, siempre que se cumplan varias circunstancias relacionadas con el procedimiento del recurso que estén previstas en el Derecho del foro. Esto significa, y es una de las cuestiones sobre las que se pronuncia el Tribunal de Justicia europeo, que si no se cumplen esas circunstancias en el Derecho nacional, no se podría certificar como título ejecutivo europeo la resolución judicial, y nada más, por lo tanto, el Estado de origen en cuestión no está obligado a regular en su ordenamiento las mencionadas circunstancias que aparecen en el artículo 19 (apartado 28)¹⁰. Así es, si no están previstas en el Derecho del foro, lo único que ocurre es que no se podrá certificar la resolución judicial como título ejecutivo europeo, no obstante lo cual, dicha resolución judicial podría ser reconocida o ejecutada en otro Estado europeo en virtud del procedimiento previsto en el Reglamento 1215/2012 (art. 27).

En este sentido, el Reglamento 1215/2012 es compatible en su aplicación con el RTEE, de este modo, teniendo en cuenta ambos textos, el acreedor tendría varias opciones al respecto. Por un lado, puede solicitar el certificado de TEE y conseguir la ejecución automática del mismo en cualquier Estado de la Unión Europea –excepto Dinamarca-. En segundo lugar, puede optar por la aplicación del Reglamento Bruselas I bis y solicitar la ejecución del documento en el Estado requerido. En este caso, si no concurre ningún motivo de denegación, se ejecutará el documento. Por último, puede iniciar simultáneamente ambos procesos¹¹.

2. Plazos para interponer el recurso

9. El Tribunal de Luxemburgo interpreta que, según el artículo 19, el juez del Estado de origen podrá certificar una resolución judicial como título ejecutivo europeo siempre que en el Derecho del foro se prevea la posibilidad de revisión plena de la resolución, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el fáctico, en los supuestos planteados en el apartado 1 del precepto (apartado 38). En efecto, el recurso extraordinario debe permitir la revisión plena, tal como prescribe el artículo 18.1.b) del RTEE¹².

En relación con esto, el Tribunal europeo dispone que el deudor debe poder recurrir “*más allá de los plazos ordinarios establecidos por el Derecho nacional para formular oposición o interponer recurso contra la resolución*” (apartado 39).

10. En el caso estudiado, el Tribunal de Amberes también pregunta sobre los plazos para interponer recurso existentes en el Derecho belga, todo ello porque esos plazos pueden acabar antes de que el deudor conozca de la existencia de la resolución sobre el crédito y, por tanto, antes de que pueda recurrirla.

Pues bien, el Tribunal afirma que para que la legislación del foro cumpla con las prescripciones recogidas en el artículo 19, debe permitir al deudor acogerse a la posibilidad de prorrogar los plazos de interposición del recurso y no regirse, por tanto, por los plazos ordinarios existentes, si aquellos le son más favorables. De tal forma que, si en el Derecho del foro existe esta posibilidad de prorrogar plazos de modo que no comiencen a correr hasta que el deudor conozca de la existencia de la resolución, esos plazos deben ser los aplicados al mismo (apartado 39).

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 722; E. MARTÍN, “Paso de gigante en la Justicia europea. El título ejecutivo europeo”, *Escritura Pública*, 2004, p. 28; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, “La escritura pública notarial: un título ejecutivo europeo”, *Escritura Pública*, 2004, p. 29; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 375-376; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 83-84.

¹¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 102-103; F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 37-40; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 34

¹² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título ejecutivo europeo*, Thomson, Navarra, 2006, p. 157

C. Órgano competente para emitir el certificado de TEE

11. En último lugar, el Tribunal de Justicia se pronuncia acerca del órgano que debería emitir el certificado de TEE y el momento en el que debe solicitarse la certificación.

12. Respecto de lo primero, en concreto, no se refiere a la competencia para dictaminar que la resolución judicial puede ser certificada como TEE, sino a la competencia para emitir ese certificado.

Empezando por lo general, el RTEE menciona que el tribunal competente para certificar el título ejecutivo europeo es *aquel que conozca del asunto en el momento de cumplirse los requisitos previstos en las letras a), b) o c) del apartado 1 del artículo 3*. No dice nada respecto de que este tribunal deba ser el mismo que ha emitido la resolución judicial sobre la que se solicita la certificación como TEE, por lo tanto, ambos órganos podrían ser distintos. En Derecho español, no obstante, el mismo órgano que ha emitido la resolución será el competente para expedir el certificado del TEE¹³.

Volviendo a la sentencia que estamos comentando, en relación con el órgano que puede llevar a cabo el acto formal de expedición del certificado del TEE, el RTEE no especifica qué órgano tiene esta competencia (apartado 44). El Tribunal europeo considera que, si bien la certificación propiamente dicha sólo puede ser declarada por el juez, porque es él quien debe analizar si se cumplen los requisitos exigidos por el RTEE, el acto formal de expedición de la certificación puede realizarlo el secretario judicial (apartados 46 y 45)¹⁴.

13. Para finalizar, el momento en el que se ha de solicitar la certificación del TEE puede ser cualquiera (apartado 48). Exigir que ese momento sea el de interposición del escrito de incoación del procedimiento no tiene sentido porque a esas alturas del proceso no se sabe si el crédito va a ser impugnado o no y, por tanto, si va a poder ser certificado como TEE (apartado 49)¹⁵. Por lo tanto, en el caso objeto de la sentencia, el prestador del servicio no tenía por qué haber hecho la solicitud del certificado de TEE en el momento del escrito de incoación del procedimiento, como así hizo.

IV. Conclusiones

14. En este caso *Imtech*, el Tribunal de Justicia aprovecha la ocasión planteada para resolver algunas dudas que suscita la interpretación del artículo 19 del RTEE. En concreto, responde a la pregunta de si los Estados miembros están obligados a tener regulado en sus ordenamientos el recurso de revisión al que alude el precepto citado y, por otro lado, también dispone qué autoridades son competentes para expedir el certificado en el que consta el TEE.

15. En relación con lo primero, el órgano judicial europeo considera que no existe una exigencia para los Estados miembros en relación con recoger este recurso de revisión en sus ordenamientos. Esto es, los legisladores nacionales pueden tenerlo, en cuyo caso, este no sería un motivo para no certificar como TEE cualquier resolución judicial o transacción que cumpla el resto de requisitos exigidos por el Reglamento. Pero, también pueden no tener regulado en sus ordenamientos este recurso de revisión. En este escenario, la resolución no podría certificarse como TEE pero podría, también, circular por la Unión Europea acogiéndose, eso sí, a otras normas aplicables como el Reglamento 1215/2012.

¹³ Disposición Final Vigésimo Primera de la LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, BOE núm. 7, de 8 de enero 2000). *Vid.*, en este sentido, entre otros, F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, p. 224; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título ejecutivo europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 114-115.

Algún autor considera que la referencia del artículo 6.1 en relación con el órgano jurisdiccional de origen implica que será esté ante quien se deba hacer la solicitud, lo cual no implica que sea él quien la resuelva (F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 109; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título Ejecutivo Europeo*, Thomson, Navarra, 2006, p. 112).

¹⁴ Será el Derecho nacional el que lo determine (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título ejecutivo europeo*, Thomson, Navarra, 2006, p. 112)

¹⁵ La alusión a *en cualquier momento* del artículo 6.1 RTEE debe interpretarse en el sentido de *en cualquier momento* a partir de la existencia de la resolución o el documento que se quieran certificar (F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 109)

En este sentido, en España no hay unanimidad a la hora de determinar si existe o no en nuestro ordenamiento esta posibilidad de revisar la resolución donde se certifica el TEE en los casos previstos en el artículo 19 del RTEE. Si bien hay autores que consideran que el art. 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC, en adelante–, al regular la rescisión de sentencia firme a instancias del rebelde, recoge ese procedimiento de revisión al que alude el artículo 19 RTEE, hay otros que entienden que el precepto citado de la LEC es válido para los casos recogidos en la letra b) del artículo 19 RTEE, esto es, para cuando “el deudor no hubiere podido impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad”, pero no para los supuestos de la letra a)¹⁶.

16. Respecto a la autoridad que puede expedir físicamente el TEE, el Tribunal de Luxemburgo dispone que eso lo debe decidir el legislador nacional y que, en ese sentido, podría ser el secretario judicial quien se encargue del acto formal de expedición.

En el ordenamiento español, teniendo en cuenta que los secretarios judiciales –actuales letrados de la administración de justicia– cuentan entre sus funciones con la de expedir “*certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes, con expresión de su destinatario y el fin para el cual se solicitan*”, podrían ser ellos quienes se encarguen de la realización de este acto formal de expedición del TEE (art. 453.2 LOPJ).

¹⁶ A favor de que el procedimiento del artículo 501 LEC permite al deudor revisar la resolución en aplicación del artículo 19 RTEE, *vid.*, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Título ejecutivo europeo*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 159-160. En contra, *vid.*, F. RAMOS ROMEU, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 77-79. Por su parte, F. GASCÓN INCHAUSTI, si bien entiende que todos los supuestos que recoge el artículo 19 RTEE no están contempladas en el artículo 501 LEC, existen otros procedimientos en nuestro ordenamiento que permiten concluir que en España se cumplen las normas mínimas para la revisión en casos excepcionales del artículo 19 RTEE (F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, Thomson, Navarra, 2005, pp. 145-151).

Artículo 501 LEC: “Los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender, del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia firme en los casos siguientes:

- 1.º De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma.
- 2.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable.
- 3.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos”.

CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR MÍNIMO DE LA PRUEBA POR INDICIOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR UN PRODUCTO FARMACÉUTICO DEFECTUOSO (A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 21 DE JUNIO DE 2017)*

BURDEN OF PROOF AND CIRCUMSTANTIAL EVIDENCE STANDARD FOR PHARMACEUTICAL PRODUCT LIABILITY: COMMENTARY TO ECJ JUDGMENT OF 21 JUNE 2017

BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ

*Profesora asociada de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
orcid ID: 0000-0002-8530-1907*

Recibido: 17.07.2017 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3900>

Resumen: La Sentencia del TJUE de 21 de junio de 2017 (Sala 2ª), *Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15*, aborda la compatibilidad de la llamada «prueba por indicios» con el art. 4 de la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en circunstancias en las que el estado de la ciencia no permite demostrar, pero tampoco excluir, la relación entre un producto farmacéutico y los daños. La sentencia examina las condiciones y los límites que debe reunir y respetar para constituirse en un método válido para levantar la carga de la prueba sobre el carácter defectuoso del producto, el daño causado y la relación de causalidad que el artículo 4 de la Directiva arroja sobre el perjudicado.

Palabras clave: prueba por indicios, prueba indirecta, carga de la prueba, valoración probatoria judicial, *standard* probatorio, presunciones legales, responsabilidad por productos defectuosos.

Abstract: The ECJ judgment of 21 June 2017 (Second Chamber), *Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15*, addresses the compatibility of the so-called “evidence for presumptions or indications” with art. 4 of Directive 85/374 on liability for damage caused by defective products, in circumstances where the state of science does not allow to demonstrate, but does not exclude, the relation between a pharmaceutical product and the damage. The judgment examines the conditions and limits which it must comply with in order to constitute a valid method of lifting the burden of proof on the defectiveness of the product, the damage caused and the causal link which article 4 of the Directive imposes on the injured.

Keywords: circumstantial evidence, indirect evidence, burden of proof, evidence standard, legal presumptions, product liability.

Sumario: I. Antecedentes de la STJUE de 21 de junio de 2017 (Sala 2ª), *Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15*. 1. Hechos. 2. Planteamiento de la cuestión prejudicial. II. Análisis de la STJUE de 21 de junio de 2017. 1. Introducción a la carga de la prueba en la Directiva 85/374. 2. Límites a la

* 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.

autonomía procesal en materia de prueba de la responsabilidad por productos defectuosos: qué es incompatible con la Directiva. A) Intangibilidad de la libertad valoradora del tribunal en materia probatoria. El papel de la investigación médica sobre la relación de causalidad entre el defecto y el daño. B) Intangibilidad del reparto y de las normas sobre la carga de la prueba. C) No exclusión de la prueba indirecta, indiciaria o presuntiva sobre la relación causal entre el producto farmacéutico y el daño. 3. Validez de la prueba por indicios o por presunciones en el ámbito de la responsabilidad de productos farmacéuticos. A) La incorporación de la prueba por indicios en algunos ordenamientos internos representativos. B) El minimum standard de la prueba por indicios en materia de responsabilidad de productos farmacéuticos. a) La libre valoración judicial y la exclusión de las presunciones legales o automáticas. b) El carácter sólido, concreto y concordante de los (varios) hechos “base” o indicios. c) La existencia de un juicio de inferencia lógico del carácter defectuoso del medicamento o del nexo causal con los daños. d) La comprobación de que no se menoscaba la carga de la prueba ni la efectividad del régimen de responsabilidad de la Directiva 85/374. III. Conclusiones y fallo.

I. Antecedentes de la STJUE de 21 de junio de 2017 (Sala 2ª), Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15

1. La Sentencia del TJUE de 21 de julio de 2017 (Sala 2ª), *Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15*, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* francesa en el marco de un proceso instado por el perjudicado y varios familiares contra la empresa farmacéutica *Sanofi Pasteur MSD SNC* (en lo sucesivo, Sanofi Pasteur) y dos cajas de seguros, en indemnización de los daños –una esclerosis múltiple, determinante de la muerte– que se imputan a una vacuna contra la hepatitis B.

La cuestión prejudicial plantea la posible compatibilidad de un sistema de valoración de prueba indiciaria con la carga formal de la prueba que pesa sobre el perjudicado de acuerdo con el art. 4 de la Directiva 85/374/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos¹.

1. Hechos

2. Entre diciembre de 1998 y julio de 1999 el Sr. W fue vacunado contra la hepatitis B mediante una vacuna producida por Sanofi Pasteur que le fue administrada en tres inyecciones. Al cabo de un mes desde la última inyección el Sr. W empezó a presentar diversas dolencias, a raíz de las cuales se le diagnosticó –en noviembre de 2000– esclerosis múltiple. A partir de entonces su estado de salud fue empeorando progresivamente hasta no poder ejercer una actividad profesional, sufrir una discapacidad del 90 % y, finalmente, fallecer a finales de octubre de 2011.

3. En 2006 el Sr. W, junto a su esposa y sus dos hijas, interpusieron una demanda por responsabilidad contra Sanofi Pasteur y otros dos demandados, en la que atribuían a la administración de la vacuna la aparición de la esclerosis múltiple, dada la concomitancia entre uno y otro hecho y la falta de antecedentes familiares o personales; lo que, de acuerdo con cierta jurisprudencia francesa dictada en asuntos semejantes, deben considerarse indicios sólidos, concretos y concordantes que permiten tener por demostrada –en el caso concreto– la existencia de un defecto en la vacuna y su relación causal con la aparición de la enfermedad.

4. En primera instancia, el *Tribunal de Grande Instance* de Nanterre (Tribunal de Primera Instancia de Nanterre, Francia) estimó la demanda. Pero en apelación fue desestimada por la *Cour d'appel* de Versailles (Tribunal de Apelación de Versailles, Francia), por considerar que, pese a que los hechos acreditados por los demandantes proporcionaban indicios de calidad sobre la existencia de la relación causal, no había quedado acreditado que la vacuna presentara *carácter defectuoso*.

¹ DOL 210 de 7 agosto 1985.

5. Interpuesto recurso de casación, la *Cour de Cassation* anuló la sentencia de apelación por falta de motivación y el asunto se remitió a la *Cour d'appel* de París (Tribunal de Apelación de París), que negó la existencia –en el caso– de indicios sólidos, concretos y concordantes relativos a la existencia de *relación causal* entre la vacuna y la aparición de la enfermedad.

La *Cour d'appel* se fijó en los siguientes datos para sostener esta conclusión: a) la falta de consenso científico sobre una relación de causalidad entre la vacuna contra la hepatitis B y la esclerosis múltiple; b) la posición de las autoridades nacionales e internacionales contraria a relacionar la administración de la vacuna contra la hepatitis B con la probabilidad de sufrir una enfermedad desmielinizante del sistema nervioso central, como es la esclerosis múltiple; c) el desconocimiento científico sobre las causas de la esclerosis múltiple; y d) el alto porcentaje de personas, entre el 92 % y el 95 %, que padecen la enfermedad sin tener antecedentes familiares. Concluyó, en suma, que la proximidad temporal entre la vacunación y la enfermedad y la falta de antecedentes no constituían, ni conjunta ni separadamente, «presunciones sólidas, concretas y concordantes» sobre una relación causal entre la vacuna y la enfermedad.

2. Planteamiento de la cuestión prejudicial

6. Interpuesto –nuevamente– recurso de casación, la *Cour de Cassation* ha decidido suspender el proceso para plantear si un método judicial de valoración probatoria basado en indicios puede ser compatible –o no– con el art. 4 de la Directiva 85/374/CEE, que impone al perjudicado la carga de «probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño». En concreto, al TJUE se le plantean, en cascada, las siguientes tres cuestiones:

- «1) *¿En el ámbito de la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos por los daños causados por las vacunas que fabrican, se opone el artículo 4 de la Directiva [85/374], a un medio de prueba según el cual el juez que conoce del fondo puede estimar, en ejercicio de su facultad soberana de apreciación, que los elementos de hecho invocados por el demandante constituyen presunciones sólidas, concretas y concordantes capaces de demostrar el defecto de la vacuna y la existencia de una relación de causalidad entre dicho defecto y la enfermedad, a pesar de haberse constatado que la investigación médica no establece una relación entre la vacunación y la aparición de la enfermedad?*
- 2) *En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿se opone el artículo 4 de la Directiva [85/374], a un sistema de presunciones según el cual la existencia de una relación de causalidad entre el defecto atribuido a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se considerar en todo caso probada si concurren determinados indicios de causalidad?*
- 3) *En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva [85/374], en el sentido de que la prueba, que incumbe al perjudicado, de la existencia de una relación de causalidad entre el defecto atribuido a una vacuna y el daño sufrido por aquél, sólo se entenderá aportada si se demuestra dicha relación de causalidad con arreglo a criterios científicos?».*

II. Análisis de la STJUE de 21 de junio de 2017

1. Introducción a la carga de la prueba en la Directiva 85/374

7. Es importante señalar, con carácter introductorio, que la Directiva que nos ocupa no constituye una norma de mínimos. Es, por el contrario, un instrumento de armonización que persigue, en los aspectos que regula –pero solo en ellos–, aproximar las legislaciones nacionales con el objetivo declarado –según sus *considerando*– de que no existan legislaciones divergentes que afecten negativamente a la libertad de circulación de bienes y a la competencia o que generen distintos grados de protección del consumidor en un mismo espacio UE.

Los Estados están, pues, obligados a incorporar el régimen de la Directiva en cuestión y sólo pueden separarse de él en la medida en que la propia Directiva lo permita. Es lo que sucede con los aspectos que se relacionan en el art. 15, en el que se ha permitido a los Estados –p. ej.– mantener o introducir la responsabilidad del fabricante o productor «incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto» (art. 15.1.b, en relación con el art. 7.e).

8. Pues bien, en lo que nos importa, la Directiva 85/374 armoniza, en primer término, la clase de responsabilidad civil que se deriva del carácter defectuoso del producto, de tipo *objetivo* (art. 1 y *considerando* segundo), aunque de carácter *relativo* o *no absoluto*, puesto que existen causas tasadas de exención (art. 7), como la que se acaba de mencionar relativa a la responsabilidad por los llamados «riesgos del desarrollo»².

Con las salvedades que hace el art. 13 relativas a la existencia de otros regímenes internos de responsabilidad civil por otro título y al régimen especial preexistente que rige en Alemania en el ámbito de la responsabilidad por productos farmacéuticos³, el legislador de la Unión se ha propuesto –así lo enuncia el *considerando* segundo– «resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna».

9. El criterio de imputación de los daños no radica, pues, en la *culpa* o *negligencia* del fabricante, que no hay que probar, sino en la efectiva producción de un daño vinculado a un producto que deba reputarse *defectuoso*. También esta caracterización se encuentra armonizada y el art. 6.1 la hace consistir, en general, en una falta de condiciones de «la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; y c) y el momento de su puesta en circulación».

10. Pero sobre todo, en segundo lugar, se encuentra armonizada la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad, aunque solo en un puntual aspecto: el reparto de las respectivas cargas de la prueba, relativas –de un lado– a los hechos constitutivos de la responsabilidad y –de otro lado– a las circunstancias excluyentes de esa misma responsabilidad, efectuado en función del extendido criterio de proximidad y facilidad probatoria de cada parte.

Así, el art. 4 de la Directiva 85/374 dispone, sin posibilidad de margen para el legislador nacional, que «el perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño», de conformidad con la clásica regla pauliana «*ei incumbit probatio qui dicit, no qui negat*» (D. 22, 3, 2); si no lo prueba, la demanda deberá desestimarse. Por su parte, al recoger las circunstancias eximentes de la responsabilidad objetiva del productor, el art. 7 las encabeza con la afirmación de que «el productor no será responsable *si prueba* (...)», entre ellas, la seguridad del producto con arreglo al estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes al ponerlo en circulación.

² La relación de causas de exención de este art. 7 comprende las siguientes circunstancias, de carácter tasado, cuya alegación y prueba corresponde al productor: «a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto».

³ El régimen especial preexistente y concurrente que el art. 13 pone a salvo es el contenido en el *Arzneimittelgesetz* del Derecho alemán (abreviadamente, AMG) o Ley de productos farmacéuticos de 24 de agosto de 1976. En cuanto a la subsistencia de otras normas internas de responsabilidad, se incluyen aquellas que hacen responsable al fabricante con arreglo a criterios de imputación basados en la culpa o aquellas que la fundan en la existencia de vicios. *Vid.*, M. A. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 617, n. 339; y “La compatibilidad de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos y los regímenes de responsabilidad especiales “existentes” en el momento de su notificación (Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 4ª, de 20 de noviembre de 2014)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13/2015, espec. p. 135, n. 3 y p. 136, n. 5.

11. Hasta aquí alcanza la armonización que nos interesa de esta Directiva. No va más allá, como ya se encargó de subrayar la STJUE de 20 de noviembre de 2014, *Novo Nordisk Pharma*, C310/13 (aptdo. 24). La armonización no incluye las exigencias aplicables a la materia probatoria, como también reconoce la sentencia que nos ocupa (aptdo. 24).

El Abogado General Sr. Bobek, en sus conclusiones formuladas en el presente asunto⁴, ha recordado que la Directiva 85/374 no determina qué constituye una prueba *suficiente*, ni indica de qué manera *puede cumplir* el perjudicado con la carga de la prueba que se le atribuye (aptdos. 16, 20 y 40). Y la propia sentencia destaca que la Directiva no incluye ninguna definición del concepto de «causalidad» empleado en los arts. 1 y 4 (aptdo. 22).

12. Todo ello corresponde desarrollarlo –de acuerdo con el principio de autonomía procesal– a cada Estado, que razonablemente puede modular las normas relativas a la prueba en función del tipo de producto, siempre que en todo caso se respeten los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión (aptdo. 25). Estos principios son los que marcan los límites que no puede traspasar el legislador o el tribunal nacionales en materia de prueba de la responsabilidad por producto defectuoso.

Y esta es, en definitiva, la materia que se somete a la consideración del TJUE para que, por vía interpretativa y con la perspectiva que dan los más de treinta años desde la notificación de la Directiva, se pronuncie sobre la admisibilidad y, eventualmente, el *minimum standard* de la «prueba por indicios» o «prueba indirecta», que también recibe el equívoco nombre de «presunciones» (sobre la que, en sentido propio, también se pronuncia esta sentencia), en el concreto ámbito en el que más reclamaciones se están planteando (y uno, probablemente, de los que más preocupan al gran público): el de la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos por las vacunas que fabrican.

2. Límites a la autonomía procesal en materia de prueba de la responsabilidad por productos defectuosos: qué es incompatible con la Directiva

13. De la parca regulación de la carga de la prueba que contiene la Directiva 85/374 (arts. 4 y 7), cabe inferir ciertos límites que tanto el legislador como los tribunales nacionales están obligados a respetar. Siempre que se respeten, cabe, en principio, que el juzgador forme su convicción a partir del resultado que arroje toda clase de elemento de convicción, ya de carácter directo o ya de carácter indirecto, como después se veremos más en concreto en el epígrafe 3.

A) Intangibilidad de la libertad valoradora del tribunal en materia probatoria. El papel de la investigación médica sobre la relación de causalidad entre el defecto y el daño

14. El primero de los límites que, en virtud del principio de efectividad, no puede traspasar el legislador o el tribunal nacionales radica en mantener un sistema de libre valoración de la prueba basado en la sana crítica del tribunal, que debe poder proyectarse sobre todas las alegaciones de hecho que hayan efectuado las partes y que resulten pertinentes para resolver el caso.

El Abogado General Sr. Bobek había señalado la necesidad de que las normas probatorias nacionales no entorpezcan indebidamente la capacidad del órgano jurisdiccional nacional en su función de valorar las pruebas pertinentes (aptdo. 25) y habló muy apropiadamente de «violación del principio del control jurisdiccional efectivo o del derecho a un juez imparcial»⁵. La sentencia recoge esta idea en varios pasajes, aunque no le dedica la atención que el Abogado General emplea, especialmente cuando trata el papel de la investigación médica como elemento para formar la convicción judicial sobre el carácter defectuoso del producto y la relación de causalidad (lo que debe entenderse como un aviso al legislador y a los tribunales alemanes, como después veremos).

⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek de 7 de marzo de 2017, C-621/15, W, X, Y c. Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Caisse Carpimko (ECLI:EU:C:2017:176).

⁵ Aptdo. 14 de sus conclusiones.

15. La primera referencia de la sentencia a esta exigencia la hallamos en la afirmación de que la carga de la prueba que pesa sobre el perjudicado debe permitirle «demostrar mediante todos los medios de prueba admitidos de manera general en Derecho nacional (...) Ello requiere que el juez mantenga su propia libertad de apreciación en lo que concierne a la cuestión de si tal prueba se ha aportado o no de manera suficiente en Derecho, hasta el momento en que, tras haber examinado todos los elementos aportados por ambas partes y apreciado sus alegaciones, se considere capacitado para formarse una opinión definitiva sobre el caso que se le ha sometido, a la luz de todas las circunstancias pertinentes de éste» (aptdo. 38).

16. La segunda referencia a este límite es la que condiciona la llamada «prueba por indicios» –a la que nos referimos más adelante – a la «facultad de apreciación de que se halla investido» el juez que conoce del asunto (aptdo. 43 y fallo) y, con ella, a la disconformidad con la Directiva de un sistema de presunciones *legales* que llegara a encorsetar la cognición judicial y que, a la postre, limitara las alegaciones y las pruebas que hayan aportado las partes, para deducir de aquellas, de forma automática pero indirecta, la existencia de todos los elementos de la responsabilidad, pese a las circunstancias del caso concreto (y pese –también– a la carga de la prueba que pesa sobre el perjudicado).

17. El problema más importante que plantea este primer límite es la muy interesante cuestión del papel de la investigación médica como elemento de valoración probatoria, que la sentencia omite tratar en abstracto, a pesar de la atención –más sistemática– que sí había recibido este aspecto –de notable importancia en la materia que nos ocupa– en las conclusiones del Abogado General Sr. Bobek (aptdos. 42 a 56).

Vale advertir, para situar el tratamiento que esta cuestión recibe en la sentencia, que en el caso sometido a la consideración del TJUE (no lo olvidemos: la relación de causalidad entre la vacuna de la hepatitis B y la aparición de esclerosis múltiple en el caso del Sr. W), la investigación médica no ha demostrado, pero tampoco ha refutado, la existencia de relación causal.

18. En este contexto, se considera contrario a la Directiva un régimen probatorio que imponga al perjudicado, como único medio para levantar la carga de la prueba del art. 4, que aporte «la prueba concreta, resultante de la investigación médica, de la existencia de una relación de causalidad entre el defecto que se atribuye a la vacuna y la aparición de la enfermedad» (aptdo. 30). Lo que deja ya contestada, en sentido negativo, la tercera cuestión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* francesa; esto es, la de si, de no admitirse la conformidad con el art. 4 de un instrumento de convicción basado en indicios, pruebas indirectas o presunciones, hay que entender que la prueba que incumbe al perjudicado sobre la relación de causalidad sólo se debe entender aportada si se demuestra con arreglo a criterios científicos.

19. La sentencia responde a la anterior pregunta en sentido negativo y da una respuesta aplicable no solo en el supuesto de *falta* de investigación médica, sino también cuando el estado de la investigación médica no demuestre la relación –existente o inexistente– de causalidad entre el producto farmacéutico y el daño. También en este caso los aptdos. 30, 31 y 32 de la sentencia sugieren que es incompatible con la Directiva un régimen probatorio que erija la prueba médica en único instrumento probatorio, *excluyente* de otros medios y formas de convicción judicial. Como decimos, el juez nacional ha de formar su convicción con arreglo a la «sana crítica», esto es, según la credibilidad que le merezca el conjunto de la prueba, así la directa como la indirecta.

20. De ello se sigue que la prueba basada en indicios *no* constituye tampoco un medio *subsidiario* para fijar la certeza de los hechos determinantes de la responsabilidad del fabricante, aplicable solo cuando no exista prueba directa.

21. La sentencia, en todo caso, omite las interesantes razones expuestas por el Abogado General Sr. Bobek –en sus conclusiones 44 a 51– contrarias a un régimen probatorio basado en la prueba de la responsabilidad mediante la investigación médica, que, en su opinión, sería incompatible con el art. 4 y con el principio de efectividad de la Directiva 85/374. Por su interés, hace al caso reproducir estos motivos de incompatibilidad.

En primer lugar, erigir la investigación médica en la única prueba capaz de establecer la relación de causalidad, con independencia de la existencia o de la calidad de otras pruebas, vaciaría la responsabilidad del fabricante en los que casos en que *no exista* investigación médica o esta *no sea concluyente*, con lo que se negaría el efecto de la Directiva y el margen de que dispone el órgano jurisdiccional nacional para valorar la prueba se vería reducido indebidamente (apdo. 25 de las conclusiones del Abogado General).

En segundo lugar, constituye un error confundir la valoración *judicial* de la relación causal y la valoración *científica* de la causalidad –*potencial*– en general, aunque no se niegan relaciones entre una y otra. Al perjudicado le corresponde probar que la sustancia que le fue administrada causó el daño que sufrió *en su caso concreto*. No le es exigible que demuestre, además, que la investigación médica general ha patentizado la capacidad *potencial* de la sustancia para provocar un daño de una manera *más general*, lo que constituiría un requisito adicional no previsto en el art. 4 (apdo. 26 de las conclusiones del Abogado General).

Y en tercer lugar, erigir la investigación médica como única prueba determinante de la existencia de relación causal también infringiría el régimen de la Directiva, en la medida en que quedaría ampliada la lista de exenciones de responsabilidad del art.7 para abrazar un nuevo supuesto, consistente en la *inexistencia* de investigaciones médicas que constaten la existencia de una relación de causalidad entre el producto y el daño, pese a que la letra e) limita la exención a los casos en los que los conocimientos científicos *existentes* no permitan descubrir la existencia del defecto (apdo. 47 de las conclusiones del Abogado General). En otros términos, si en los supuestos en que no existe investigación médica concluyente el fabricante dejara de ser responsable por los medicamentos que pone en circulación, se estaría invirtiendo el llamado «riesgo del desarrollo» que pesa sobre el fabricante, para atribuírselo al consumidor o usuario del producto farmacéutico.

22. Estas razones, empero, no niegan la importancia de la investigación médica; solo la sitúan en el lugar que le corresponde, que es el de demostrar si un producto presenta un problema *potencial* en general, pero no el hecho de que el producto causó un daño *en un caso concreto* (apdo. 48 de las conclusiones del Abogado General). Desde el punto de vista probatorio y en feliz expresión del Abogado General, «rechazar de forma sistemática las pruebas que se presentan en forma de investigación médica por irrelevantes, sería tan problemático a la luz de la Directiva y del principio de efectividad como rechazar sistemáticamente otros tipos de pruebas a falta de investigación médica» (apdo. 50 de las conclusiones).

B) Intangibilidad del reparto y de las normas sobre la carga de la prueba

23. La libre valoración y sana crítica del juez en materia probatoria no puede suponer, por otro lado, una relajación tal que, en la práctica, dé lugar a una inversión de la carga de la prueba, contraria al modo en que esta ha sido establecida en los arts. 4 y 7 de la Directiva 86/374.

El reparto de la carga de la prueba de la Directiva 85/374 supone un límite infranqueable para el legislador o el tribunal nacionales que, en virtud del principio de efectividad, no pueden disponer un régimen probatorio que lo invierta. No es posible menoscabar la carga *formal* de la prueba que el art. 4 arroja sobre el perjudicado sobre el defecto, sobre el daño y sobre la relación de causalidad entre ambos, ni tampoco la carga *material* de la prueba, de forma que no sea el perjudicado quien haya de pechar con las consecuencias desfavorables que se siguen de no haber probado el carácter defectuoso del producto, el daño producido y el nexo de causalidad⁶.

24. En este sentido, en la ya citada STJUE de 20 de noviembre de 2014, *Novo Nordisk Pharma*, C310/13, el TJUE ha admitido la existencia de un procedimiento interno dirigido a *facilitar* al perjudicado la prueba del defecto, del daño y de la relación causal entre el fármaco sospechoso y el daño, siempre que no se altere –ni en sentido formal ni en sentido material– la carga de probarlos por parte del perjudicado.

⁶ *Vid.*, para la distinción entre carga *formal* y carga *material* de la prueba, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*, con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES, 3ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 129-130.

El asunto entonces planteado se refería al procedimiento interno alemán del art. 84a de la AMG que permite al perjudicado recabar del laboratorio fabricante una mayor información sobre los efectos secundarios de un producto farmacéutico del que se sospecha fundamentalmente su carácter defectuoso⁷, y su compatibilidad con la carga de la prueba del art. 4. Y sobre este particular quedó dicho que, aunque «aunque es cierto que una normativa nacional que establece el derecho del perjudicado a obtener información sobre los efectos secundarios del producto puede ayudar a éste a aportar las pruebas necesarias para poder exigir la responsabilidad del productor» (aptdo. 27), «sin embargo, dicha normativa nacional no supone una reversión de la carga de la prueba que incumbe al perjudicado y no modifica los requisitos de exención del productor previstos en el artículo 7 de la Directiva 85/374» (aptdo. 28).

25. Pues bien, estas mismas consideraciones valen para medir la conformidad con la Directiva 85/374 de un sistema de prueba y de valoración judicial de carácter nacional que admita la prueba indiciaria, indirecta o presuntiva para determinar la responsabilidad de una empresa farmacéutica por los daños derivados de productos defectuosos: aunque se admite la “facilitación” del conocimiento de los hechos por el perjudicado, la iniciativa de la “aportación” al proceso de los hechos que la desencadenan y los efectos desfavorables que se sigan en sentencia por no haberlos aportado suficientemente deben seguir pesando sobre el perjudicado, ya que, de otro modo, se infringiría la carga de la prueba del art. 4 y se agravaría la del productor para exonerarse de la responsabilidad con arreglo al art. 7 de la Directiva.

«La regulación nacional de la práctica y la valoración de la prueba no debe menoscabar ni el reparto de la carga de la prueba establecido en el art. 4 de dicha Directiva, ni, de manera más general, la efectividad del régimen de responsabilidad previsto por ella o los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión a través de dicho régimen» (aptdo. 27). Esto se erige, como después se verá, en un control necesario en cada caso concreto.

C) No exclusión de la prueba indirecta, indiciaria o presuntiva sobre la relación causal entre el producto farmacéutico y el daño

26. Así las cosas, puesto que los fines del proceso civil no pasan por establecer verdades científicas⁸ y porque –como se acaba de decir– tampoco la prueba científica resultante de la investigación médica es el único medio para que el perjudicado pueda cumplir con la carga de la prueba que le corresponde (y que le seguirá correspondiendo), «un régimen probatorio que excluyera la posibilidad de recurrir a un método indiciario y estableciese que, a efectos de la carga de la prueba establecida en el artículo 4 de la referida Directiva, el perjudicado ha de aportar la prueba concreta, resultante de la investigación médica, de la existencia de una relación de causalidad entre el defecto que se atribuye a la vacuna y la aparición de la enfermedad, sería contrario a las exigencias derivadas de la referida Directiva» (aptdo. 30).

«Una exigencia probatoria de tales características, que supondría la exclusión de toda forma de prueba distinta de la prueba concreta derivada de la investigación médica, tendría como consecuencia que en numerosas situaciones resultaría excesivamente difícil, o incluso imposible –cuando, como en el caso de autos, resulte manifiesto que la investigación médica no permite demostrar ni refutar la existencia de una relación de causalidad– exigir la responsabilidad del productor, lo que pondría en entredicho el efecto útil del art. 1 de la Directiva 86/374» (aptdo. 31).

⁷ El procedimiento permite, en concreto, que «si existiesen indicios que avalen el nexo causal entre el producto farmacéutico y el daño, el perjudicado podrá reclamar información al empresario farmacéutico, salvo que dicha información no fuese necesaria para fundamentar una indemnización con arreglo al artículo 84. La reclamación se referirá a toda aquella información de la que disponga el empresario farmacéutico acerca de los efectos del medicamento, sus efectos secundarios e interacciones con otros medicamentos, así como acerca de los casos sospechosos de efectos secundarios e interacciones con otros productos farmacéuticos de los que haya tenido conocimiento y, en general, al resto de la información que pudiera ser relevante para dilucidar la justificabilidad de los efectos nocivos (...)» (aptdo. 1 del art. 84a de la AMO).

⁸ Así, casi textualmente, la STS (Sala 1ª) núm. 412/2014 de 10 de julio de 2014 (rec. 2795/2012), referida a ciertos efectos secundarios del fármaco “Agreal”, retirado del mercado en el año 2005: «El objeto del proceso no es fijar un hecho científico ni una técnica universal, sino determinar algo tan simple como si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fármaco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él».

27. De este último pasaje se infiere que, aunque el fallo de la STJUE se encuentra muy contextualizado por la circunstancia de que en el caso planteado la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de la vacuna y la enfermedad, el TJUE también ha tomado en consideración las «numerosas ocasiones» en las que la exclusión del método de valoración de indicios, por sólidos que estos sean, haría «excesivamente difícil» depurar la responsabilidad por productos defectuosos que la Directiva se ha trazado como fin. También en estos casos es dable concluir que resulta admisible que el tribunal forme su convicción acudiendo a la llamada «prueba por indicios», con los requisitos que después se dirán, y cuya aplicación ha admitido el TJUE –como recuerda el Abogado General Sr. Bobek⁹– incluso en ámbitos semi-sancionadores como la materia del Derecho de la competencia, que presentan, desde el punto de vista jurídico, más problemas que el que aquí se considera.

28. Antes, se impone una advertencia terminológica sobre la noción de «*présomption*» que se emplea en el planteamiento de la cuestión prejudicial por el tribunal francés.

La sentencia también emplea este término sin llegar a hacer de él un concepto autónomo integrante del acervo comunitario, pese a las distintas acepciones que presenta en los diferentes ordenamientos jurídicos naciones. Quien sí ha matizado el uso en el que en este proceso está empleado el término «*présomptions*» («*graves, précises et concordantes*», se añade), junto con las variantes que admite, es el Abogado General Sr. Bobek (aptdos. 28 a 35), quien ha hecho la advertencia de que en Derecho inglés el término más adecuado para referirse al método probatorio francés que se cuestiona es el de «*circumstantial evidence*».

29. La redacción en español de la versión (provisional) de la STJUE que manejamos no plantea problemas para distinguir entre: a) el método de razonamiento jurídico que permite al juez tener por cierto un determinado hecho o conjunto de hechos no probados, llamado «hecho presunto», a partir de la certeza de otro hecho llamado «indicio» o «hecho base», es decir, la mal llamada «prueba por indicios», «prueba indirecta», «presunciones judiciales» o –en la terminología del Abogado General Sr. Bobek– «presunción fáctica», que es un método de *valoración* de los hechos y no –en sentido estricto– un medio de prueba en sí; y b) las «presunciones legales», en las que una norma positiva obliga al juez a tener por cierto el hecho B partir de la certeza del hecho A, con independencia de que admita luego prueba en contrario o no: la presunción se debe desencadenar ante determinados presupuestos fácticos.

30. Al fondo de ambos instrumentos, que quedan comprendidos en la noción más genérica de «régimen probatorio» a la que continuamente se refiere la sentencia, se encuentra un mismo fundamento: «un juicio de probabilidad cualificada (...) porque es altísimamente probable (casi seguro) o muy probable, según distintas máximas de la experiencia, que dándose A se dé B»¹⁰. Las presunciones muestran, en otros términos, máximas de experiencias, «*id quod plerumque accidit*» o –en palabras del Abogado General Sr. Bobek– «el desarrollo probable de un acontecimiento» (aptdo. 33).

En cuanto a la tipología de presunciones *iuris et de iuris* o absolutas, *iuris tantum* o relativas, etc., abordamos en el epígrafe siguiente la inclusión o exclusión de aquellas aptas para basar el convencimiento judicial en un régimen probatorio compatible con la Directiva 85/374.

3. Validez de la prueba por indicios o por presunciones en el ámbito de la responsabilidad de productos farmacéuticos

A) La incorporación de la prueba por indicios en algunos ordenamientos internos representativos

31. Las codificaciones procesales de nuestro entorno, cuando adoptan un sistema de libre valoración probatoria, suelen incorporar las presunciones como método de fijación de la certeza de los hechos y acostumbran a establecer un estándar o umbral de suficiencia de la prueba por indicios o por

⁹ Aptdos. 71 a 74 de sus conclusiones, con la jurisprudencia que allí se cita.

¹⁰ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*, cit., pp. 211-212.

presunciones, dirigida a garantizar la calidad del juicio fáctico por el tribunal nacional. El modo en el que se regula por el Derecho difiere en cada ordenamiento.

32. Así, en el proceso civil español, p. ej., para que operen las presunciones *judiciales*, el art. 386 LEC exige: 1º) que entre el hecho base o indicio y el hecho presunto que se trata de determinar exista «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (aptdo. 1); 2º) que el juez incluya en la sentencia «el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción» (aptdo. 2); y c) que el litigante perjudicado por la presunción pueda practicar prueba en contrario, dirigida a constatar la inexistencia del hecho presunto o a demostrar que no existe, en cada caso en concreto, el enlace o conexión que fundamenta la presunción (aptdo. 3, en relación con el art. 385 LEC). Este último requisito es también aplicable a las presunciones *legales*, esto es, las de obligada aplicación *ex lege*, que en nuestro Derecho también admiten –como regla– prueba en contrario (art. 385.3 LEC). De lo que dispensa esta clase de presunciones es de examinar el *enlace preciso* o «juicio de inferencia» entre el «hecho base» y el «hecho presunto», porque este se ha de tener por cierto en cuanto se acredite el primero, sin perjuicio de que quepa –en la mayor parte de los casos– la prueba en contrario.

33. Del régimen probatorio francés que en esta STJUE se confronta con la Directiva 85/374 sabemos que «no exige del perjudicado que aporte, en todo caso, pruebas concretas e irrefutables de la existencia del defecto del producto ni de la relación de causalidad entre este último y el daño sufrido, sino que autoriza al juez, en su caso, a considerar que estos extremos han quedado demostrados basándose en un abanico de indicios cuya solidez, concreción y concordancia le permitan considerar, con un elevado grado de probabilidad, que tal conclusión corresponde a la realidad» (aptdo. 28).

Otros varios pasajes de la sentencia reiteran la exigencia de «*indicios graves, precisos y concordantes*» y tanto la sentencia como las conclusiones del Abogado General aluden al origen jurisprudencial de este régimen probatorio, que se inspira –con claridad– en el régimen italiano. En la actualidad, tras la profunda reforma del *Code Napoléon* por obra de la *Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016*, lo encontramos ya incorporado en el art. 1382 *Code civile*, en virtud del cual «*las presunciones que no son establecidas por la ley son dejadas a la apreciación del juez, que las debe admitir si son graves, precisas y concordantes, y solo en los casos en los que la ley permita la prueba por cualquier medio*»¹¹.

34. Como decimos, este régimen francés está inspirado en el que rige en Italia desde los años 40 del siglo pasado. El art. 2729 *Codice civile* italiano emplea términos casi idénticos para definir la calidad de los indicios de las presunciones judiciales: «*Las presunciones no establecidas por la ley son dejadas a la prudencia del juez, que no debe admitir más que las graves, precisas y concordantes. Las presunciones no se pueden admitir en los casos en los que la ley excluye la prueba de testigos*»¹².

La *Corte di Cassazione* italiana, por lo demás, viene aplicando la prueba por indicios a la materia de la responsabilidad por productos defectuosos desde hace una década¹³.

35. Difere significativamente, en cambio, el régimen probatorio que recoge la ley específica alemana sobre productos farmacéuticos (AMG), cuyo art. 82.2 –introducido en una reforma del año 2002– establece una presunción *legal* sobre la relación de causalidad entre el fármaco y los daños basada en la *aptitud o potencialidad en concreto* del primero para generar los segundos, inferida de varios indicios.

Aunque la STJUE no cuestiona este régimen probatorio alemán, sino el indiciario francés, no cabe duda de que los tribunales y la doctrina alemana tomarán buena cuenta de cuanto se dice sobre

¹¹ «*Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen*».

¹² «*Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni*».

¹³ *Vid.*, por todas, la Cass. Civile, sez. III, 8 octubre 2007, n. 20985, con nota de C. DI PALMA, “Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul pensiero della strict liability”, en *Corriere giuridico*, n. 6/2008, pp. 813 y ss.

presunciones legales, como la establecida en el art. 82.2 AMG, a fin de evitar que su aplicación práctica arroje un resultado disconforme con el art. 4 de la Directiva 85/374. El tenor del art. 82.2 AMG es el siguiente: «Si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, resultare que el producto farmacéutico administrado es apto para ocasionar el daño, se presumirá que éste ha sido causado por dicho producto. La aptitud en cada caso concreto se apreciará teniendo en cuenta la composición y la posología del producto administrado, el modo y la duración de su administración conforme a las indicaciones, la relación temporal con la producción del daño, las características del daño y el estado de salud del perjudicado en el momento de la administración, así como las demás circunstancias que en el caso concreto se consideren propicias o contrarias a la causalidad del daño»¹⁴.

36. Llegados a este punto, se advierte que, a falta de un régimen armonizado de prueba que vaya más allá de la carga de la prueba sobre los elementos de la responsabilidad, constituye un reto facilitar elementos útiles de interpretación de la Directiva 85/374 que, aunque dirigidos a un órgano jurisdiccional francés, van a ser tenidos muy en cuenta –además de por todas las empresas farmacéuticas que operan en la UE– por los tribunales nacionales de todos los Estados miembro en los que rijan otro tipo de “presunciones” distintas de las de cuño italiano o francés.

B) El *minimum standard* de la prueba por indicios en materia de responsabilidad de productos farmacéuticos

37. El TJUE admite que la prueba de los elementos de la responsabilidad que el art. 4 de la Directiva 85/374 arroja sobre el perjudicado pueda realizarse mediante prueba por indicios cuando el estado de la investigación médica no permita afirmar ni refutar la posible relación de causalidad entre un medicamento y una enfermedad. Dada la entidad de las dificultades probatorias que tendrá entonces el perjudicado, el principio de efectividad del régimen de responsabilidad establecido por la Directiva podría llegar a verse comprometido, al trasladar del fabricante al consumidor el llamado «riesgo del desarrollo».

38. Con todo, preocupa más al Derecho de la Unión la aplicación injustificada y poco reflexiva de presunciones que puedan dar lugar a una inversión de la carga de la prueba y a un menoscabo del principio de efectividad en perjuicio del fabricante. En este sentido, la STJUE, precedida por el importante trabajo del Abogado General Sr. Bobek, proporciona unas pautas de interpretación sobre la aplicación de la prueba por indicios que se asienta, en cuatro pilares o requisitos:

- La libre valoración judicial y la exclusión de las presunciones legales.
- El carácter sólido, concreto y concordante de los varios «hechos base» o indicios.
- La existencia de un juicio de inferencia lógico sobre el carácter defectuoso del medicamento o del nexo causal con los daños.
- La comprobación de que no se menoscaba, en concreto, la carga de la prueba ni la efectividad del régimen de responsabilidad de la Directiva 85/374.

a) La libre valoración judicial y la exclusión de las presunciones legales o automáticas y las *iuris et de iure*

39. En varios pasajes de esta sentencia se puede leer la preocupación del TJUE por que el tribunal nacional conserve su sana crítica en la valoración de todos los elementos fácticos que pueden determinar o excluir la responsabilidad del productor. Alusiones a la «función de apreciación de que se halla investido el juez», a la garantía de que «incumbe a los órganos nacionales velar por que los indicios...» son una constante invocación a esta función y al papel que le incumbe al tribunal nacional de

¹⁴ Vid. S. RAMOS GONZÁLEZ, “La responsabilidad por medicamento en el derecho alemán”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2003, v.e.

aplicar el conjunto de reglas mínimas con el que el TJUE quiere garantizar la solidez y la suficiencia de un régimen interno probatorio basado en presunciones o indicios y del que termina formando parte la propia valoración crítica del juez nacional.

Varios apartados destacan la importancia de este control judicial.

40. El primero es el aptdo. 36, en el que un supuesto de aplicación errónea de la carga de la prueba disconforme con el art. 4 de la Directiva se ilustra con un régimen basado en presunciones que sea aplicado «de tal modo que, *cuando concurren uno o varios tipos de indicios de hecho determinados, se presume directa y automáticamente la existencia de un defecto del producto y/o de una relación de causalidad entre dicho defecto y la aparición del daño*. En tales circunstancias, el productor podría verse obligado a destruir dicha presunción para poder oponerse con éxito a la demanda incluso antes de que el órgano jurisdiccional que conoce del fondo pudiera tener conocimiento de los elementos de apreciación de que dispone el productor y de las alegaciones formuladas por éste».

41. Estas palabras hay que ponerlas en relación con las llamadas presunciones *legales*, que son aquellas dispuestas de tal modo que el tribunal está obligado a tener por probado el hecho presunto B cuando tenga por acreditado el o los indicios o hecho base A.

Pues bien, en contra de la opinión avanzada por el Abogado General Sr. Bobek¹⁵, el TJUE no quiere que valgan las presunciones de tipo automático o legal: el aptdo. 36 debe leerse, en mi opinión, en el sentido de que, por encima de lo que disponga una presunción legal, el tribunal nacional retiene entre sus funciones la de valorar de forma crítica la existencia de un juicio de inferencia lógico y suficiente entre los indicios y el hecho presunto, relativo al carácter defectuoso del producto y a su relación de causalidad con los daños, sin posibilidad de que este juicio de inferencia judicial sea sustituido por una presunción directa y automática que conduzca a tener por probado, sin margen de apreciación judicial, el carácter defectuoso del producto y la relación de causalidad con los daños.

42. La razón de este límite concreto radica no tanto en la calidad que presenten los indicios contemplados en la presunción legal, cuanto en que, establecida con carácter automático la certeza –aun refutable– del hecho presunto, existe un riesgo cierto de que materialmente se haya invertido la carga de la prueba en perjuicio del productor, en contra de la norma armonizada sobre carga de la prueba del art. 4 de la Directiva.

Obviamente, si los indicios en los que se basa la presunción legal o automática presentan la calidad exigida (pluralidad de indicios sólidos, concretos y concordantes), el juez nacional llegará a la misma conclusión probatoria que la recogida en la presunción legal. Pero lo que no quiere la STJUE es ahorrarle –como permiten las presunciones legales– el deber de valorar la calidad de los indicios y el juicio de inferencia que fundamenten las conclusiones probatorias extraídas.

43. Esto –creo– queda confirmado, en segundo lugar, con las palabras del aptdo. 38 de la STJUE: «Ello [una aplicación correcta de la prueba por indicios] requiere que el juez mantenga su propia libertad de apreciación en lo que concierne a la cuestión de si tal prueba se ha aportado o no de manera suficiente en Derecho, hasta el momento en que, tras haber examinado todos los elementos aportados por ambas partes y apreciado sus alegaciones, se considere capacitado para formarse una opinión definitiva sobre el caso que se le ha sometido, a la luz de todas las circunstancias pertinentes de éste».

También con las palabras conclusivas del aptdo. 42: «el juez que conoce del fondo de un asunto determinado sólo podrá alcanzar tales conclusiones [probatorias] en cada caso concreto, con pleno conocimiento de causa, después de tomar debidamente en consideración todas las circunstancias

¹⁵ *Vid.* los aptdos. 97 a 99 de sus conclusiones, donde expone que los mayores riesgos de que se active erróneamente o de forma no justificada –esto es, ante indicios poco sólidos– una presunción legal o automática en un caso particular no es en sí mismo contrario al principio de efectividad de la Directiva, puesto que la finalidad de estas presunciones no es el perfeccionamiento del resultado probatorio, sino la administración eficaz de la justicia. «Lo principal es que, si la presunción se activa erróneamente, la parte demandada cuenta con la posibilidad práctica de refutar la presunción mediante la aportación de prueba pertinente. Esto pone una vez más de manifiesto la importancia del carácter refutable de cualquier presunción legal».

del asunto de que conozca, y, en particular, todas las demás explicaciones y alegaciones formuladas por el productor y destinadas a rebatir la pertinencia de las pruebas invocadas por el perjudicado y a cuestionar el grado de plausibilidad, mencionado en el anterior apartado, de la explicación propuesta por éste».

44. Obviamente, cualquier clase de presunción de un régimen nacional que desarrolle esta materia concreta debe admitir prueba en contrario. No caben las presunciones “irrefutables” o “incontestables”, en el sentido de que no pueda el productor rebatir la existencia o la calidad de los indicios o el juicio de inferencia relativo al carácter defectuoso y a la relación de causalidad de los daños.

A la clase de presunciones *iuris et de iure* se refiere la segunda cuestión prejudicial a la que se da cumplida respuesta en el aptdo. 53 de la sentencia: «(...) este tipo de presunción tendría como consecuencia que, aun cuando los hechos así predefinidos no permitieran en un determinado supuesto demostrar con certeza la existencia de tal relación de causalidad, el productor se vería, en tal caso, privado de toda posibilidad de aportar elementos fácticos o de formular alegaciones, por ejemplo, de carácter científico, para intentar destruirla, y el juez se vería así privado de toda posibilidad de apreciar los hechos a la luz de tales elementos o alegaciones. Debido a su automatismo, tal situación no sólo vulneraría el principio establecido en el artículo 4 de la Directiva 85/374, que requiere que la carga de la prueba del defecto y de la relación de causalidad incumba al perjudicado, sino que también podría menoscabar la efectividad misma del régimen de responsabilidad establecido por dicha Directiva. De este modo, el juez se vería obligado a aceptar la existencia de uno de estos tres requisitos, a los que se halla supedita la responsabilidad del productor en virtud de la referida Directiva, sin poder siquiera examinar si los demás elementos de apreciación aportados en el caso concreto de que conoce podrían llevar a la conclusión contraria».

45. Pero –y esto es importante– aunque la presunción legal presentara carácter *iuris tantum* y fuera posible, por tanto, la prueba en contrario, se estaría contraviniendo la carga de la prueba establecida en el art. 4 de la Directiva. En una situación así –al decir del aptdo. 54 de la sentencia– «el productor podría verse obligado a destruir dicha presunción para oponerse con éxito a la demanda incluso antes de que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto tenga conocimiento de los elementos de apreciación de que dispone el productor y de las alegaciones formuladas por este. (...) Tal situación sería contraria a la carga de la prueba establecida en el art. 4 de la Directiva 85/374».

b) El carácter sólido, concreto y concordante de los (varios) hechos “base” o indicios

46. El mayor riesgo que entraña la llamada prueba por indicios o por presunciones (judiciales) es que el juez nacional acuda a «formas de presunción injustificadas, en detrimento del productor» (aptdo. 34), que hay que considerar disconformes con el art. 4 de la Directiva 85/384.

47. Esta consideración –según se acaba de ver– la merecen las presunciones legales y las presunciones *iuris et de iure*. Tratándose de presunciones *judiciales* o «prueba indiciaria», el problema radica en el juez se contente con indicios no pertinentes o insuficientes. Por eso, al tratar la calidad de los indicios probatorios, el TJUE previene frente a presunciones legales –ya vistas– y frente a «pruebas no pertinentes o insuficientes», que, a la postre, pondrían en entredicho la efectividad del régimen de responsabilidad por producto defectuoso establecido por el Derecho de la Unión (aptdo. 35).

48. ¿Qué se ha de entender por «pruebas [= indicios] no pertinentes o insuficientes» a los efectos del art. 4 de la Directiva? En este primer sentido negativo o excluyente, proporciona varios supuestos no la sentencia, pero sí el Abogado General Sr. Bobek.

Según el Abogado General, un indicio es irrelevante cuando «no existe ninguna relación racional ni lógica entre la prueba presentada y la conclusión que se extrae de ella», como, p. ej., tomar el dato del volumen de negocio o el número de empleados de la empresa fabricante como hechos base (aptdo. 64 de sus conclusiones). «Aceptar que se extraigan conclusiones a partir de pruebas irrelevantes y que

las presunciones se basen en ellas equivaldría a eximir al demandante de la necesidad de presentar cualquier prueba (...) esto daría lugar a la inversión de la carga de la prueba» (aptdo. 65).

Por otro lado, tampoco se deben admitir indicios que, aun siendo pertinentes, resulten insuficientes o poco sólidos para deducir de ellos la razonable existencia del carácter defectuoso del producto o su relación de causalidad respecto de los daños. La sentencia aborda esta cuestión con una caracterización *positiva* de la calidad de los indicios requeridos.

49. En este sentido, el aptdo. 37 exige que «los indicios aportados sean en efecto *suficientemente sólidos, concretos y concordantes, como para que pueda aceptarse la conclusión de que a pesar de los datos aportados y de las alegaciones formuladas en su defensa por el productor, la existencia de un defecto del producto parece ser la explicación más plausible de la aparición del daño, de modo que pueda considerarse razonablemente que dicho defecto y la relación de causalidad han quedado demostrados (...)*».

50. Aunque no se dice expresamente, el número de los «hechos base» o «indicios» deben ser varios «concordantes», aunque nada debería excluir que fuera uno solo cualificado. Tampoco lo dice la sentencia, pero de las reglas generales sobre la prueba se sigue que la fijación como cierto de cada «hecho base» puede provenir de la admisión del hecho por las partes y, en su defecto, de haber quedado probado a juicio del tribunal.

51. Pero la sentencia va más allá de la caracterización genérica del tipo de indicios aptos para fundar una sentencia de condena al laboratorio farmacéutico. En contra del criterio del Abogado General Sr. Bobek (aptdo. 70 de sus conclusiones), la sentencia sí proporciona elementos concretos susceptibles de fundar, en cada caso, indicios sólidos, suficientes y concordantes en la concreta materia que nos ocupa.

En palabras del TJUE, «en el presente asunto, datos como los invocados en el marco del litigio principal, relacionados con la *proximidad temporal entre la administración de la vacuna y la aparición de una enfermedad y la inexistencia de antecedentes médicos personales y familiares en relación con dicha enfermedad*, así como la existencia de un *número significativo de casos registrados en los que tal enfermedad apareció a raíz de la administración de la referida vacuna*, parecen *a priori* constituir indicios cuya conjunción podría, en su caso, llevar al órgano jurisdiccional nacional a considerar que el perjudicado ha dado cumplimiento a la carga de la prueba que le incumbe en virtud del artículo 4 de la Directiva 85/374» (aptdo. 41).

52. Lo que no cabe –así lo indica la STJUE en sus aptdos. 52 a 55– es que el legislador nacional establezca normas de presunción *legales* que tengan por probada, en todo caso, la relación de causalidad y, con ella, el carácter defectuoso del producto ante indicios predeterminados de causalidad, ya se trate de presunciones *iuris et de iure*, ya se trate de presunciones *iuris tantum*.

c) La existencia de un juicio de inferencia lógico del carácter defectuoso del medicamento o del nexo causal con los daños

53. Íntimamente relacionado con la calidad de los indicios se halla el *juicio de inferencia* que relaciona aquellos con el *id quod est demonstrandum* que, en la materia que nos ocupa, es tanto el carácter defectuoso del producto como el nexo de causalidad.

54. En el procedimiento prejudicial la empresa Sanofi Pasteur había alegado que el carácter defectuoso del producto no podía deducirse, sin más, de los indicios relativos a la relación de causalidad, como si este bastara por sí solo para probar que el producto es defectuoso.

Frente a esta argumentación, el Abogado General Sr. Bobek sostuvo que «los hechos que fundamentan la presunción de un defecto o de una relación de causalidad son los mismos (...) [y que] este enfoque no es, por sí mismo, contrario al art. 4 de la Directiva ni al principio de efectividad» (aptdo. 78 de sus conclusiones).

55. Pues bien, este razonamiento lo acoge el TJUE de forma implícita, pero clara, al afirmar que la pluralidad de indicios pueden conducir a considerar «por un lado, que la administración de la vacuna es la explicación más plausible de la aparición de la enfermedad, y, por otro lado, que en consecuencia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, dicha vacuna no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho en el sentido del art. 6 de dicha Directiva, en la medida en que ocasiona un daño anormal y particularmente grave al paciente que, tratándose de un producto de esta naturaleza y habida cuenta de su función, puede esperar legítimamente un alto grado de seguridad» (aptdo. 41). El meollo de la cuestión es que los indicios presenten tal calidad que permitan explicar, en términos de probabilidad, que los daños padecidos por el paciente obedecen a la administración de un fármaco defectuoso, por inseguro.

56. Así pues, el uso de la prueba por indicios o por presunciones judiciales requiere que el tribunal explicita el razonamiento o juicio lógico, coherente, «preciso y directo» dice el art. 386 LEC, entre los indicios y el o los hechos presuntos, de modo que no resulte arbitrario, ilógico o improbable concluir que los daños constatados son producto de la administración de la vacuna, aunque la ciencia no sea capaz todavía de explicar el *cómo* ni el *por qué*.

57. Esto no significa, en el otro extremo, que las conclusiones probatorias del juez hayan de constituir la única explicación plausible, sin posibilidad de explicaciones alternativas. El juicio de inferencia debe existir, aunque —en palabras de nuestro Tribunal Supremo— «no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontramos ante una verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* antes aludidos, que efectivamente han de ser concluyentes e inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia»¹⁶.

58. La importancia del juicio de inferencia es tal que constituye la razón de que las presunciones de tipo judicial no se consideren compatibles con la Directiva y de que, en consecuencia, se dé una respuesta negativa a la segunda cuestión prejudicial planteada; esto es, la de si es compatible con el art. 4 de la Directiva 85/374 un sistema de presunciones según el cual la existencia de una relación de causalidad entre el defecto atribuido a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se debe considerar en todo caso probada si concurren determinados indicios de causalidad.

Como hemos dicho, el automatismo que implica toda presunción *legal*, desencadenada ante ciertos indicios predefinidos de causalidad que determinen que se haya de tener por probado el carácter defectuoso del producto y su relación causal con los daños, no se considera compatible con las normas sobre la carga de la prueba del art. 4 de la Directiva 85/374. Remitimos al lector a los aptdos. 52 a 55 de la sentencia.

d) La comprobación de que no se menoscaba, en concreto, la carga de la prueba ni la efectividad del régimen de responsabilidad de la Directiva 85/374.

59. Por último, aunque resulta admisible la fijación de los hechos determinantes de la responsabilidad del productor a partir de presunciones judiciales basadas en indicios sólidos, concretos y concordantes, «los órganos jurisdiccionales deben asegurarse de que la concreta aplicación de este régimen probatorio no les lleve a aplicar erróneamente la carga de la prueba establecida en el referido art. 4, ni a menoscabarla efectividad del régimen de responsabilidad establecido mediante dicha Directiva» (aptdo. 43).

En otros términos, el régimen probatorio nacional debe ser «neutro en lo que respecta a la carga de la prueba establecida en el art. 4 de la Directiva 85/374» (aptdo. 33). Y es exigible que esta comprobación la realice el tribunal en cada caso en concreto.

¹⁶ La jurisprudencia es unánime. En el mismo sentido pueden verse las SSTs (Sala 1ª) núm. 736/2009 de 6 de noviembre (rec. 1051/2005); núm. 147/2010 de 16 de marzo (rec. 118/2006); núm. 270/2010 de 14 de mayo (rec. 1253/2006); o la núm. 150/2016 de 10 de marzo (rec. 42/2014).

III. Conclusiones y fallo

En suma, es compatible con el art. 4 de la Directiva 85/374, siempre que no se menoscabe la carga de la prueba, un régimen probatorio nacional que permita a los tribunales basar su libre convicción en la llamada prueba indiciaria o presunciones judiciales, siempre que los «hechos base» alegados y probados por el perjudicado constituyan *indicios sólidos, concretos y concluyentes* que permitan concluir que la vacuna adolece –en términos de *probabilidad*– de un defecto y que existe una relación de causalidad entre el defecto y la enfermedad. No, en cambio, cuando la presunción sea establecida con el carácter de automática o legal –aunque admita prueba en contrario–, ante indicios predeterminados legalmente de causalidad.

Por todo ello, la Sala 2ª del TJUE dispone que:

«El artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un régimen probatorio nacional como el controvertido en el litigio principal, en virtud del cual, cuando se ejercita ante el juez que conoce del fondo del asunto una acción que tiene por objeto que se declare la responsabilidad del productor de una vacuna por los daños causados por un supuesto defecto de esta última, dicho juez puede considerar, en ejercicio de la facultad de apreciación de que se halla investido a este respecto, que, a pesar de la consideración de que la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de la vacuna de que se trata y la aparición de la enfermedad de que padece el perjudicado, algunos hechos invocados por el demandante constituyen indicios sólidos, concretos y concordantes que permiten concluir que la vacuna adolece de un defecto y que existe una relación de causalidad entre dicho defecto y la enfermedad. No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales deben asegurarse de que la concreta aplicación de este régimen probatorio no les lleve a aplicar erróneamente la carga de la prueba establecida en el referido artículo 4, ni a menoscabar la efectividad del régimen de responsabilidad establecido mediante dicha Directiva.

2) El artículo 4 de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen probatorio basado en presunciones según el cual, cuando la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de una vacuna y la aparición de la enfermedad que padece el perjudicado, la existencia de una relación de causalidad entre el defecto que se atribuye a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se considera en todo caso probada si concurren ciertos indicios fácticos predeterminados de causalidad».

PROCESO MONITORIO EUROPEO: LA REVISIÓN DE UN
REQUERIMIENTO DE PAGO EJECUTIVO NO PROCEDE
CUANDO SE BASA EN CIRCUNSTANCIAS QUE EL
DEMANDADO PUDO HABER TENIDO EN CUENTA PARA
PRESENTAR UN ESCRITO DE OPOSICIÓN

EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE: REVIEW
OF AN ENFORCEABLE ORDER FOR PAYMENT IS NOT
ADMISSIBLE WHEN BASED ON GROUNDS THAT THE
DEFENDANT MIGHT HAVE TAKEN INTO ACCOUNT IN
ORDER TO LODGE A STATEMENT OF OPPOSITION

ENRIQUE VALLINES GARCÍA

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
orcid ID: 0000-0002-8018-000X*

Recibido: 17.07.2017 / Aceptado: 20.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3901>

Resumen: La STJUE de 22 de octubre de 2015 declara que, en el marco de un proceso monitorio europeo, el demandado que, con base en la existencia de un pacto de sumisión expresa, desea impugnar la competencia del tribunal tiene la carga de presentar un escrito de oposición del art. 16 del Reglamento 1896/2006; y, si no lo presenta, una vez que el requerimiento de pago se haya hecho ejecutivo, no podrá hacer valer esa misma alegación como motivo de una solicitud de revisión del art. 20.2 del mismo Reglamento. De esta interpretación, cabe concluir que la falta de presentación del escrito de oposición tiene graves consecuencias preclusivas para quien ha sido demandado en un proceso monitorio europeo.

Palabras clave: proceso monitorio europeo, oposición, revisión.

Abstract: ECJ Judgment of 22 October 2015 rules that, in the context of a European order for payment procedure, a defendant willing to contest jurisdiction on grounds of an agreement conferring jurisdiction to another Member State shall lodge a statement of opposition under article 16 of Regulation 1896/2006; and, if he or she fails to do so, once the European order for payment has become enforceable, no review of the order will be granted on the very same grounds under article 20.2 of Regulation 1896/2006. This interpretation may lead to the conclusion that failure to lodge a statement of opposition shall have devastating preclusive consequences for a defendant within a European order for payment procedure.

Keywords: European order for payment, opposition, review.

Sumario: I. Problema jurídico concreto al que se enfrenta la STJUE de 22 de octubre de 2015: ¿supone la incompetencia del tribunal derivada de la infracción de un pacto de sumisión expresa un error manifiesto o una circunstancia excepcional que permite la revisión del requerimiento

* 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.

europeo de pago que ya es ejecutivo? II. El punto de partida de la respuesta ofrecida por el TJUE: la correcta notificación del requerimiento de pago al demandado y la ausencia de impedimentos para presentar escrito de oposición dentro de los treinta días siguientes a la notificación. III. Una propuesta de aproximación al asunto desde la perspectiva de las reglas de competencia del Reglamento 44/2001 (hoy, Reglamento 1215/2012). IV. La respuesta del TJUE (atendiendo exclusivamente a las reglas del Reglamento 1896/2006): 1. El art. 20.2 RPME debe ser interpretado de forma estricta. 2. Un requerimiento europeo de pago no se ha expedido de manera manifiestamente errónea cuando el tribunal ha basado su competencia en las alegaciones del actor y el demandado ha disfrutado de la oportunidad de oponerse en plazo; referencia a las relaciones entre el ámbito de la oposición del art. 16 RPME y el de la revisión del art. 20.2 RPME. 3. La incompetencia judicial derivada de la infracción de un pacto de sumisión expresa no es una circunstancia excepcional porque el demandado la pudo tener en cuenta para oponerse en plazo y la revisión del art. 20.2 RPME no puede suponer una segunda oportunidad de oposición. V. Conclusión: la falta de presentación del escrito de oposición en plazo hace que el demandado pierda todas las posibilidades de defensa, salvo aquellas que no pudo conocer por razones que no le eran imputables.

I. Problema jurídico concreto al que se enfrenta la STJUE de 22 de octubre de 2015: ¿supone la incompetencia del tribunal derivada de la infracción de un pacto de sumisión expresa un error manifiesto o una circunstancia excepcional que permite la revisión del requerimiento europeo de pago que ya es ejecutivo?

1. La STJUE de 22 de octubre de 2015¹ se enfrenta a la cuestión de cómo debe interpretarse el art. 20.2 del Reglamento 1896/2006, por el que se establece un Proceso Monitorio Europeo (en adelante, RPME).²

Como es sabido, el procedimiento monitorio europeo resulta aplicable para la reclamación, en asuntos transfronterizos de naturaleza civil y mercantil, de deudas dinerarias, por cantidad determinada, vencidas y exigibles (arts. 2-4 RPME). El procedimiento comienza mediante una petición inicial, que ha de presentarse ante un tribunal competente según las disposiciones del Reglamento 44/2001 (hoy, Reglamento 1215/2012)³ (arts. 6-7 RPME).

Presentada la petición, el tribunal debe verificar, de manera rápida (*“lo antes posible”*), llegando a admitirse un *“procedimiento automatizado”* y con exclusiva base en las alegaciones del actor (*“basándose en el formulario de la petición”*), si se cumplen una serie de requisitos; y, de entender que se cumplen, expedirá un *“requerimiento europeo de pago”*, el cual será notificado al demandado (arts. 8-15 RPME).

Al recibir la notificación, el demandado dispone de un *plazo de treinta días*,⁴ dentro del cual podrá elegir entre cualquiera de las tres opciones siguientes:

¹ STJUE (Sala 4.^a) de 22 de octubre de 2015, *Thomas Cook Belgium NV contra Thurner Hotel GmbH*, C-245/14, ECLI:EU:C:2015:715, ponente: L. Bay Larsen.

² Reglamento (CE) n.º 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. La STJUE de 22 de octubre de 2015 tuvo en cuenta el texto del Reglamento con las modificaciones introducidas en 2012, que puede consultarse [aquí](#). Con posterioridad, el Reglamento ha sido modificado en 2013 y en 2015. Con todo, el texto del art. 20.2 –que es el que analiza la Sentencia– no ha sufrido modificaciones desde la aprobación inicial del Reglamento hasta la actualidad.

³ Reglamento (UE) n.º 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, cuyo última versión consolidada puede consultarse [aquí](#). El art. 6 del RPME se refiere al Reglamento (CE) n.º 44/2001; sin embargo, el art. 80 del Reglamento (CE) n.º 1215/2012 precisa que “queda derogado el Reglamento (CE) no 44/2001” y que “las referencias al Reglamento derogado se entenderán hechas al presente Reglamento”.

⁴ Este plazo debe observarse con la máxima diligencia del demandado, así como de sus representantes y defensores. En este sentido, el ATJUE (Sala 3.^a) de 21 de marzo de 2013, *Novontech-Zala kft. contra Logicdata Electronic & Software Entwicklungs GmbH*, C-324/12, ECLI:EU:C:2013:205, ponente M. Ilešič, declara que la negligencia del abogado del demandante no impide que el transcurso del plazo tenga efectos preclusivos: *“El incumplimiento del plazo de presentación del escrito de oposición a un requerimiento europeo de pago como consecuencia de una actuación negligente del representante del demandado no justifica la revisión de ese requerimiento de pago, pues tal incumplimiento de plazo no puede calificarse ni de circunstancia extraordinaria, en el sentido del art. 20.1.b) del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 (...), ni de circunstancia de carácter excepcional, en el sentido del apartado 2 del mismo artículo.”*

- a) pagar al demandante el importe señalado en el requerimiento, en cuyo caso el procedimiento concluye (art. 12.3.a) RPME);
- b) presentar un escrito de oposición, sin necesidad de expresar los motivos de la misma, en cuyo caso “*el proceso continuará ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen*”, salvo cuando “*el demandante haya solicitado expresamente que, en dicho supuesto, se ponga fin al proceso*” (arts.12.3.b), 12.4.c), 16 y 17 RPME); o
- c) no pagar ni oponerse (esto es, permanecer inactivo), en cuyo caso el requerimiento de pago “*se hará ejecutivo*” y el tribunal que lo expidió lo declarará así “*sin demora*” –“*valiéndose del formulario G que figura en el anexo VII*” del RPME–, de manera que el requerimiento “*será reconocido y ejecutado en los demás Estados miembros sin que [en éstos] se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento*” (arts. 12.4.b), 18, 19 y 21 RPME).

2. Es en este último escenario (inactividad del demandado durante los treinta días que siguieron a la notificación de un requerimiento europeo de pago) donde debemos situarnos para comprender el caso resuelto por la STJUE de 22 de octubre de 2015.

Turner Hotel había promovido un proceso monitorio europeo contra *Thomas Cook Belgium* en reclamación de una deuda de 15.232,28 euros documentada en varias facturas relativas a un contrato de prestación de servicios de hostelería.

La petición se presentó ante el *Berzirksgericht für Handelssachen Wien* (Tribunal de Distrito para asuntos mercantiles de Viena) y, en ella, se fundamentó la competencia judicial en el criterio del lugar de ejecución de los servicios (cfr. art. 5.1 Reglamento 44/2001, hoy art. 7.1 Reglamento 1215/2012), sin mencionarse que, en el condicionado general del contrato, existía una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Bélgica (cfr. art. 23 Reglamento 44/2001, hoy art. 25 Reglamento 1215/2012).

El tribunal austriaco admitió la petición y expidió requerimiento europeo de pago, el cual fue notificado en debida forma al demandado. En los treinta días siguientes a la notificación, *Thomas Cook* permaneció inactivo, pues no pagó ni se opuso al requerimiento.

Sin embargo, tras el vencimiento del plazo de treinta días, *Thomas Cook* sí interpuso, al amparo de lo dispuesto en el art. 20.2 RPME,⁵ una solicitud de revisión del requerimiento europeo de pago alegando, en esencia, la incompetencia de los tribunales austriacos para conocer del proceso, habida cuenta de que, como se ha dicho, el contrato que vinculaba a las partes incluía un pacto de sumisión expresa a los tribunales belgas. La solicitud fue desestimada en primera instancia por el mismo *Berzirksgericht für Handelssachen Wien*; pero, en apelación, el tribunal superior decidió plantear la cuestión prejudicial al TJUE antes de adoptar la resolución final.

Esa cuestión prejudicial viene a ser, pues, la de si el art. 20.2 RPME debe interpretarse en el sentido de que la expedición del requerimiento europeo de pago por un tribunal incompetente según lo dispuesto en un pacto de sumisión expresa que el actor no mencionó en la petición inicial supone que “*dicho requerimiento se ha expedido de forma manifiestamente errónea, habida cuenta de los requisitos establecidos en el presente Reglamento*” o, al menos, una “*circunstancia de carácter excepcional*” que justificaría la estimación de una petición de revisión.⁶

⁵ Art. 20.2 RPME: “*Tras la expiración del plazo establecido en el artículo 16, apartado 2, el demandado también tendrá derecho a solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen la revisión del requerimiento europeo de pago cuando sea evidente que dicho requerimiento se ha expedido de forma manifiestamente errónea, habida cuenta de los requisitos establecidos en el presente Reglamento, o por cualquier otra circunstancia de carácter excepcional.*”

⁶ Concretamente, el tribunal austriaco planteó dos cuestiones, a saber (apartado 25): “*1) ¿Debe interpretarse el Reglamento [nº 1896/2006] en el sentido de que el demandado puede solicitar la revisión judicial del requerimiento europeo de pago con arreglo al art. 20.2 de dicho Reglamento aun cuando, pese a haberle sido válidamente notificado el requerimiento, éste, sin embargo, fue expedido por un tribunal incompetente en virtud de la información sobre la competencia contenida en el impreso de solicitud?; y 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿constituye una circunstancia excepcional en el sentido del art. 20.2 del Reglamento nº 1896/2006, con arreglo al 25.º considerando [...], el hecho de que el requerimiento europeo de pago se expida en virtud de información contenida en el impreso de solicitud que posteriormente resulte inexacta, en particular; si de ella depende la competencia del tribunal?.*” Por su parte, el TJUE (apartado 26) reformula ambas cuestiones en una única, saber: “*si el art. 20.2 del Reglamento nº 1896/2006, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que un demandado al que se haya notificado un requerimiento europeo de pago*

II. El punto de partida de la respuesta ofrecida por el TJUE: la correcta notificación del requerimiento de pago al demandado y la ausencia de impedimentos para presentar escrito de oposición dentro de los treinta días siguientes a la notificación

3. Como punto de partida para responder a la cuestión planteada, hay que tener en cuenta que el requerimiento de pago había sido notificado al demandado correctamente y con suficiente antelación⁷ y que, además, tampoco habían concurrido circunstancias de fuerza mayor que impidieran que el demandado formulara oposición dentro del plazo de los treinta días siguientes a la notificación.

Es decir, *Thomas Cook* conoció el requerimiento europeo de pago emitido por el Tribunal austriaco –pues se le notificó correctamente– y, voluntaria o negligentemente, dejó pasar los treinta días que tenía para oponerse al requerimiento sin realizar actividad de ningún tipo; o, dicho de otro modo, *Thomas Cook* tuvo la oportunidad de oponerse en plazo al requerimiento con base en cualquier motivo –también con base en la incompetencia del juez que lo había emitido–, pero no la aprovechó.

Se explica así que la solicitud de revisión se articulara sobre la base del apartado 2 del art. 20 RPME, relativo a la expedición del requerimiento de forma manifiestamente errónea o a la concurrencia de otras circunstancias excepcionales como motivos de revisión,⁸ y no sobre la base del apartado 1 del mismo artículo, que es el que se refiere a la revisión en los casos en los que, habiendo sido correctamente notificado el demandado, éste se vio imposibilitado para oponerse en plazo debido a causas que no le eran imputables (fuerza mayor o recepción tardía de la notificación cuando ésta se practicó conforme al art. 14 RPME, esto es, sin constancia de recepción personal por el propio demandado),⁹ ni tampoco sobre la base de las normas procesales nacionales que permiten la impugnación de resoluciones firmes y ejecutivas, que son las que, *ex art. 26 RPME*, deberían aplicarse para revisar el requerimiento ejecutivo en los casos de falta de notificación o de notificación que no cumple los requisitos mínimos de los arts. 13 a 15 RPME.¹⁰

de conformidad con este Reglamento pueda solicitar la revisión de dicho requerimiento alegando que el órgano jurisdiccional de origen consideró erróneamente que era competente sobre la base de la información supuestamente falsa facilitada por el demandante en el formulario de petición del referido requerimiento de pago.” Nótese que el Tribunal precisa que la cuestión prejudicial se plantea “*en circunstancias como las del litigio principal*”, lo que exigía tener en cuenta que la supuesta falta de competencia del tribunal derivaba de la existencia de un pacto de sumisión expresa entre las partes.

⁷ Sobre la importancia que la normativa procesal europea otorga a la primera notificación al demandado, resulta imprescindible la lectura de F. GASCÓN INCHAUSTI, “La primera notificación al demandado como garantía de la justicia del proceso civil: en busca de estándares mínimos desde la legislación y la jurisprudencia europea”, en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, obra colectiva coordinada por I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, Volumen I, págs. 1329-1364.

⁸ Solicitud que, en España, se habría tramitado por los cauces del incidente excepcional de nulidad del art. 241 LOPJ (DF 23.ª, apartado 9, párrafo 2.º LEC).

⁹ Art. 20.1 RPME: “Tras la expiración del plazo establecido en el artículo 16, apartado 2, el demandado tendrá derecho a solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen la revisión del requerimiento europeo de pago cuando concurren las siguientes circunstancias: a) i) que el requerimiento de pago se hubiere notificado mediante una de las formas establecidas en el artículo 14, y ii) que la notificación no se hubiere efectuado con la suficiente antelación para permitirle organizar su defensa, sin que pueda imputársele responsabilidad por ello, o b) que el demandado no hubiere podido impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad, siempre que en ambos casos actuare con prontitud.” En España, las solicitudes de revisión basadas en este artículo del RPME se tramitan por los cauces del procedimiento de audiencia al rebelde de los arts. 501 y siguientes de la LEC (DF 23.ª, apartado 9, párrafo 1.º LEC).

¹⁰ Cfr. STJUE (Sala 3.ª) de 4 de septiembre de 2014, *eco cosmetics GmbH contra Dupuy / Raiffeisenbank St. Georgen reg. Gen. mbH contra Bonchyyk*, C-119/13 y C-120/13 (acumulados), ECLI:EU:C:2014:2144, ponente C. Toader, apartados 44-47. En España, la STS1.ª 565/2015, de 9 de octubre, rec. 29/2014, ECLI:ES:TS:2015:4285, ponente P.J. Vela Torres, reconoce que la resolución que declara ejecutivo un requerimiento europeo de pago –igual que la resolución que pone fin al proceso monitorio nacional– es equivalente a una sentencia de condena firme. Y, en cuanto tal, cuando la notificación del requerimiento no haya cumplido los requisitos del RPME, aquella resolución podría impugnarse por alguno de los cauces excepcionales de nulidad o rescisión que el Derecho español prevé contra las sentencias firmes, esto es, por el incidente excepcional de nulidad del art. 241 LOPJ (cfr. FJ 1), el procedimiento de audiencia al rebelde de los arts. 501 y siguientes LEC (FFJJ 4 y 5), el proceso de revisión de los arts. 510 y siguientes LEC (basado, en su caso, en una maquinación fraudulenta derivada de una ocultación dolosa del domicilio del demandado por parte del actor; FJ 6) o, incluso, el recurso de amparo constitucional (esto no lo dice la STS1.ª 565/2015; lo añadimos nosotros).

III. Una propuesta de aproximación al asunto desde la perspectiva de las reglas de competencia del Reglamento 44/2001 (hoy, Reglamento 1215/2012)

4. Sentado que la notificación del requerimiento europeo de pago fue correcta y que *Thomas Cook* había dejado pasar la oportunidad de presentar un escrito de oposición en el plazo de treinta días, resultaba que el requerimiento “*se había hecho ejecutivo*”, lo cual había de ser declarado sin demora por el tribunal que lo había expedido, a fin de que, sin más, pudiera ser reconocido y ejecutado en los demás Estados de la UE (arts. 12.4.b), 18, 19 y 21 RPME).

Nos encontrábamos, pues, ante una *situación análoga a la de que se hubiera dictado una sentencia de condena en rebeldía voluntaria del demandado*; situación en la que la rebeldía voluntaria vendría a derivar de la falta de oposición en plazo y la sentencia tendría su equivalente en el requerimiento, que se “*se había hecho ejecutivo*”.

La cuestión que se planteaba ahora el TJUE era la de si la incompetencia del juez austriaco que expidió el requerimiento (esto es, que dictó esa suerte de sentencia condenatoria dictada en rebeldía) con infracción de un pacto de sumisión expresa en favor de los tribunales belgas suponía un fundamento válido para la revisión, lo cual exigía analizar las nociones de “*expedición manifiestamente errónea*” y de “*circunstancia de carácter excepcional*” del art. 20.2 RPME.

5. Para responder a esa cuestión, querríamos apuntar una vía que no fue explorada por el TJUE, a saber: la de los efectos de las sentencias de condena dictadas en rebeldía por un juez que no era competente según las reglas del Reglamento 44/2001 (hoy, Reglamento 1215/2012); y, centrándonos en el caso concreto que se planteaba, la de si el desconocimiento de un pacto de sumisión expresa por parte de un juez de un Estado de la UE determinaba, conforme al Reglamento 44/2001 (hoy, Reglamento 1215/2012), la posibilidad de que el reconocimiento y ejecución de la sentencia condenatoria dictada en rebeldía (del requerimiento ejecutivo, en nuestro caso) fueran denegados en el resto de los Estados miembros.

Pues bien, lo cierto es que la sentencia de condena dictada en rebeldía por un juez incompetente por haber desconocido un pacto de sumisión expresa mantiene su condición de título ejecutivo en toda la UE, toda vez que ese desconocimiento no es un motivo para la denegación del reconocimiento ni de la ejecución de la resolución en el resto de los Estados miembros. Veamos:

- 1) El foro elegido por las partes en su pacto de sumisión expresa sería el “*único competente*” (cfr. art. 17,1 del Convenio de Bruselas de 1968), esto es, tendría el carácter de “*competencia exclusiva*” (art. 23.1 Reglamento 44/2001; hoy, art. 25.1 Reglamento 1215/2012).
- 2) No obstante, de presentarse la demanda ante un tribunal distinto del pactado, la demanda no podría ser inadmitida a trámite *in limine litis*: el tribunal incompetente deberá emplazar al demandado para comparezca, permitiéndole impugnar la competencia o, alternativamente, someterse tácitamente y defenderse (cfr. arts. 24 y 25 Reglamento 44/2001; hoy, arts. 26 y 27 Reglamento 1215/2012).¹¹
- 3) Solamente si el demandado no compareciera en plazo, podría entonces el tribunal revisar su competencia y declararse de oficio incompetente apreciando la existencia del pacto de sumisión expresa (art. 26.1 Reglamento 44/2001; hoy, art. 28.1 Reglamento 1215/2012).
- 4) Pero, atención, si, a pesar de todo, el tribunal ignorara el pacto de sumisión expresa y siguiera conociendo del proceso en rebeldía del demandado, la eventual sentencia condenatoria terminaría siendo un título ejecutivo válido y eficaz en toda la UE, toda vez que el art. 35 del Reglamento 44/2001 (hoy, arts. 45.1.e), 45.2 y 45.3 del Reglamento 1215/2012) no permite

¹¹ Cfr., interpretando los preceptos equivalentes del Convenio de Bruselas (los arts. 17 y 18 del Convenio), STJCE de 24 de junio de 1981, *Elefanten Schuh GmbH contra Jacqmain*, C-150/80, ECLI:EU:C:1981:148; y STJCE (Sala 1.ª) de 7 de marzo de 1985, *Spitzley contra Sommer Exploitation*, C-48/84, ECLI:EU:C:1985:105). Y es que lo pactado expresamente siempre puede modificarse por un pacto posterior, aunque éste sea tácito, por lo que la “*sumisión tácita desactiva a la sumisión expresa realizada con anterioridad por las mismas partes*”, tal y como gráficamente expone I. LORENTE MARTÍNEZ, “*Cláusula atributiva de competencia a favor de tribunales de terceros estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un estado miembro: el dilema*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pág. 448.

denegar el reconocimiento sobre la base de que la sentencia se dictó por un tribunal incompetente que no respetó un pacto de sumisión expresa (lo permite en otros casos de infracción de normas de competencia, pero no en el de la infracción de un pacto de sumisión expresa).¹²

6. De todo lo anterior se atisba cuál podría haber sido la conclusión del TJUE por la vía que proponemos: si para el Reglamento 44/2001 (hoy, Reglamento 1215/2012) no hay ningún problema respecto de la validez y eficacia de una sentencia condenatoria dictada en rebeldía con infracción de un pacto de sumisión expresa, parece lógico pensar que, por analogía, tampoco debería haber ningún problema con la validez y eficacia de un requerimiento europeo de pago que ha devenido ejecutivo (que, como decíamos, viene a equivaler a una sentencia condenatoria en rebeldía) que se dictó por un juez que carecía de competencia según lo establecido en un pacto de sumisión expresa; y, por todo ello, esa falta de competencia judicial no podía suponer que el requerimiento se hubiera “*expedido de forma manifiestamente errónea*” ni que concurriera ninguna “*circunstancia de carácter excepcional*” a los efectos de la posibilidad de revisión del requerimiento prevista en el art. 20.2 RPME.¹³

IV. La respuesta del TJUE (atendiendo exclusivamente a las reglas del Reglamento 1896/2006)

7. Sea como fuere, lo cierto es que el TJUE no se planteó la posibilidad de resolver la cuestión prejudicial desde la perspectiva de la analogía con las previsiones del Reglamento 44/2001 (hoy, Reglamento 1215/2012) y acudió directamente al texto del RPME para resolver el problema.

1. El art. 20.2 RPME debe ser interpretado de forma estricta

8. Como tema preliminar, el Tribunal se muestra contundente al afirmar que el art. 20.2 RPME debe ser objeto de una interpretación estricta, habida cuenta de que el texto legal utiliza el adjetivo “excepcional”. Así, dice el apartado 31 de la Sentencia que, “*dado que el legislador de la Unión tenía la intención de limitar el procedimiento de revisión a situaciones de carácter excepcional, la referida disposición debe interpretarse necesariamente en sentido estricto*”, en la misma línea de lo mantenido por el Tribunal cuando se ha enfrentado a otros preceptos del Derecho de la Unión en los que se emplea el vocablo “excepcional” (cfr., por ejemplo, el art. 108.2,3 TFUE¹⁴) o que regulan excepciones a una regla general (cfr., por ejemplo, el art. 15.1 Reglamento 44/2001, hoy art. 17.1 Reglamento 1215/2012;¹⁵ o el art. 58.1.a) TCE, hoy art. 65.1.a) TFUE¹⁶).¹⁷

¹² Cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 196-197.

¹³ Éste es el enfoque que adoptó la Comisión Europea en este caso, según se expone en las *Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 2 de julio de 2015, C-245/14, Thomas Cook Belgium NV contra Thurner Hotel GmbH*, ECLI:EU:C:2015:442, apartado 16: “*La Comisión propone limitar el alcance del artículo 20, apartado 2, del Reglamento n° 1896/2006 en línea con lo dispuesto en el Reglamento n° 1215/2012, de modo que sólo sea posible impugnar el requerimiento europeo de pago más allá del plazo de oposición cuando se hayan infringido disposiciones atributivas de la competencia judicial internacional particularmente pensadas para proteger a la parte más débil de una relación jurídica o en los supuestos previstos en el artículo 24 del Reglamento n° 1215/2012 (competencias exclusivas), al que remite el artículo 45, apartado 1, letra e), inciso ii) de éste. En ninguno de esos casos tiene encaje la posible violación de un acuerdo de atribución de la competencia judicial como el que parece estar en la base de este asunto, de forma que no se puede decir que el requerimiento fuese expedido de forma «manifiestamente» errónea.*”

¹⁴ STJUE (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2013, *Comisión Europea contra Consejo de la UE*, C-111/10, ECLI:EU:C:2013:785, ponente L. Bay Larsen, apartado 39.

¹⁵ STJUE (Sala 1.ª) de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna contra Feichter*, C-419/11, ECLI:EU:C:2013:165, ponente M. Ilešič, apartado 26.

¹⁶ STJUE (Sala 2.ª) de 22 de abril de 2010, *Mattner contra Finanzamt Velbert*, C-510/08, ECLI:EU:C:2010:216, ponente A. Ó Caoimh, apartados 31 y 32.

¹⁷ La doctrina, por su parte, también había abogado, desde muy pronto, por una interpretación estricta o restrictiva del art. 20.2 RPME. En este sentido, puede verse, por ejemplo, B. MORA CAPITÁN, “El proceso monitorio europeo. Primeras reflexiones sobre el Reglamento (CE) n° 1896/2006, de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 13, mayo de 2007, Ref. Iustel §794509, epígrafe X; o S. GARCÍA CANO, “El proceso monitorio europeo y su articulación en el Derecho español”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 23, 2011, Ref. Iustel §795838, epígrafe II.3.E).

2. Un requerimiento europeo de pago no se ha expedido de manera manifiestamente errónea cuando el tribunal ha basado su competencia en las alegaciones del actor y el demandado ha disfrutado de la oportunidad de oponerse en plazo; referencia a las relaciones entre el ámbito de la oposición del art. 16 RPME y el de la revisión del art. 20.2 RPME

9. Desde esta perspectiva estricta, el Tribunal entra entonces en el fondo del asunto y aborda la cuestión de si el hecho de que un juez hubiera expedido un requerimiento europeo de pago sin tener competencia para ello según lo previsto en un pacto de sumisión expresa encaja en los supuestos en los que, conforme al art. 20.2 RPME, cabe la revisión del requerimiento.

En primer término, el Tribunal se pregunta si estamos ante una situación en la que es “*evidente que dicho requerimiento se ha expedido de forma manifiestamente errónea*” (cfr. apartados 32-43 de la Sentencia) y responde negativamente.

El Tribunal (apartado 41) recuerda que el RPME pretende diseñar un proceso judicial en el que se concilien la “*la rapidez y la efectividad*”¹⁸ (...) con el respeto al derecho de defensa”. Como manifestación del primer objetivo, el art. 8 RPME habría procurado que el trámite de admisión de la petición inicial se desarrollara de manera ágil y sin necesidad de cuestionar innecesariamente las alegaciones del demandante –entre ellas, las relativas a la competencia judicial– (“*lo antes posible y basándose en el formulario de petición*”, dice el precepto), permitiendo incluso que el trámite se desarrolle mediante “*un procedimiento automatizado*”.

En cuanto al segundo objetivo (respeto al derecho de defensa), el Tribunal (apartado 38) advierte que, conforme al art. 12.4 a) RPME, que se informará al demandado de que “*el requerimiento fue expedido únicamente sobre la base de la información facilitada por el demandante, sin que la misma haya sido comprobada por el órgano jurisdiccional*”; y de que “*el requerimiento se hará ejecutivo a menos que se presente un escrito de oposición ante el órgano jurisdiccional de conformidad con lo establecido en el artículo 16*”, esto es, un escrito en el que el demandado puede limitarse a decir que se opone a la demanda, sin necesidad de especificar los motivos de la impugnación, y que deberá enviarse en un plazo de treinta días a contar desde la notificación. En definitiva, cuando se le notifica el requerimiento europeo de pago, el demandado sabe que el tribunal solo ha tenido en cuenta lo dicho por el actor y que, si existiera cualquier razón –material o formal–, para negarse al pago, puede presentar un sencillo escrito de oposición, el previsto en el art. 16 RPME, para conseguir un trámite defensivo pleno en el plano de una eventual continuación del proceso (cfr. art. 17 RPME).

10. Merece la pena detenernos en este punto –el modo en el que se articula la defensa del demandado en el proceso monitorio europeo– para abordar las eventuales relaciones que podrían existir entre el ámbito del escrito de oposición del art. 16 RPME y el del incidente de revisión del art. 20.2 del mismo Reglamento; asunto en el que se centraron las observaciones del Gobierno portugués durante el procedimiento.

Así, tal y como recoge el Abogado General en sus Conclusiones:

“El Gobierno portugués considera que el plazo de oposición que establece el art. 16.2 del Reglamento n.º 1896/2006 tiene por objeto que se impugne la legitimidad o la validez del crédito que se pretende ejecutar cuando el requerimiento europeo de pago cumple los requisitos de validez establecidos en el citado Reglamento. Por el contrario, la revisión del art. 20.2 del mismo tiene por objeto impedir la ejecución de requerimientos de pago expedidos en infracción del Reglamento. A juicio del Gobierno portugués, la expedición del requerimiento por un juez incompetente viola un requisito esencial de validez y debe poder ser impugnada en un plazo superior al que establece el art. 16”.¹⁹

¹⁸ Cfr. art. 1.1.a) RPME: “*El presente Reglamento tiene por objeto (...) simplificar, acelerar y reducir los costes de la litigación (...)*”; precepto que enlaza con las declaraciones de los considerandos 9 y 29 RPME (“*simplificar, acelerar y reducir los costes*”; “*mecanismo uniforme rápido y eficaz*”).

¹⁹ Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 2 de julio de 2015, C-245/14, *Thomas Cook Belgium NV contra Thurner Hotel GmbH*, ECLI:EU:C:2015:442, apartado 14.

Ciertamente, esta interpretación que proponía el Gobierno portugués podría tener alguna base en el art. 16.3 del RPME, que establece que, en el escrito de oposición, el demandado deberá indicar que “*impugna la deuda*”, lo que podría interpretarse en el sentido de que este trámite está reservado para una oposición referida exclusivamente al derecho de crédito (la “*deuda*”) esgrimido por el demandante en su petición inicial, esto es, para una oposición basada solamente en motivos de fondo. De aceptarse la anterior interpretación, los motivos de oposición de naturaleza procesal o formal –entre los que habría que incluir la incompetencia del juez para conocer del proceso monitorio europeo– no podrían alegarse en el marco de una oposición del art. 16 RPME, sino mediante otro tipo de cauce que, en opinión del Gobierno portugués, sería el del incidente de revisión del art. 20.2 RPME; precepto en el que la expresión “*cualquier otra circunstancia de carácter excepcional*”, incluiría cualesquiera vicios procesales o formales que no supusieran una “*impugnación de la deuda*”, esto es, que no supusieran una defensa de fondo.

Sin embargo, a esta interpretación del Gobierno portugués, se oponen, en nuestra opinión, varias consideraciones.

En primer lugar, cabe discutir el argumento principal, pues también es razonable interpretar que, donde el art. 16.3 RPME dice “*deuda*”, en realidad, está diciendo “*reclamación*”, en el bien entendido de que “*reclamación*” es un concepto más amplio que el de “*deuda*” y que la impugnación de una “*reclamación*” puede comprender tanto aspectos formales como materiales. En este sentido, aunque las versiones francesa, italiana y portuguesa del art. 16.3 RPME son sustancialmente idénticas a la española –pues hablan de “*oponerse al crédito*”: “*contest la créance*”, “*contesta il crédito*”, “*contesta o crédito em causa*”–, la versión alemana, habla de negar la *Forderung* (“*er die Forderung bestreitet*”), que es una palabra que puede significar tanto “*deuda*” como “*reclamación*”; y es, precisamente, este último sentido (el de oposición a la *reclamación*) el que parece tener el art. 16.3 RPME en su versión inglesa, que se refiere a una oposición a la *claim* (“*he contests the claim*”), que es la palabra con la que frecuentemente se designa la demanda judicial o, más ampliamente, el acto de reclamar algo a alguien.

En segundo lugar, el propio art. 16.3 RPME permite concluir que la oposición a la que se refiere este precepto comprende tanto los aspectos formales como los materiales, en la medida en que, como recuerda el TJUE en el apartado 40 de la Sentencia que comentamos, “*el demandado ni siquiera ha de precisar los motivos de la oposición y puede limitarse a impugnar la deuda*” o, mejor dicho, a impugnar la “*reclamación*” (que es uno de los significados de *Forderung*, que es la palabra que utiliza el texto original de la Sentencia, pues el alemán fue la lengua del procedimiento).

En tercer lugar, el hecho de que el escrito de oposición sirve para impugnar la reclamación por cualquier tipo de motivo –formal o material– también viene a confirmarlo el Formulario F (incluido en el Anexo VI del RPME), que es el documento que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 RPME, puede utilizar el demandado para efectuar su oposición: en este formulario no hay ninguna casilla o campo para que el demandado precise los motivos de su oposición; simplemente se incluye un recuadro con una frase prefijada que dice que se presenta oposición –sin especificar razón de ningún tipo–, tras la cual, el demandado debe limitarse a completar los espacios en blanco correspondientes a la fecha de expedición del requerimiento de pago: “*Presento escrito de oposición al requerimiento de pago expedido el ___/___/___*”.

Y, en cuarto y último lugar, si el demandado decidiera oponerse al requerimiento sin utilizar el formulario F y, en su lugar, presentara un escrito motivado de oposición,²⁰ dicho escrito –ya contenga motivos materiales o formales de oposición– no puede producir otros efectos que los que se desprenden del artículo 17.1 RPME,²¹ esto es, los efectos consistentes en que “*el proceso continuará ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen, a menos que el demandante haya solicitado expresamente que, en dicho supuesto, se ponga fin al proceso*”.²² Pero, adviértase bien, los

²⁰ Cfr. considerando 23 del RPME: “*El demandado puede presentar su escrito de oposición valiéndose del formulario que figura en el presente Reglamento. No obstante, los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta cualquier otra forma escrita de oposición que se exprese claramente*”.

²¹ En esta idea –la de que la presentación del escrito de oposición exclusivamente produce los efectos del art. 17.1 RPME– insiste la STJUE (Sala 3.^a) de 13 de junio de 2013, *Goldbet Sportwetten GmbH* contra *Sperindeo*, C-144/12, ECLI:EU:C:2013:393, ponente M. Ilešič, apartado 31; y también la STJUE (Sala 2.^a) de 10 de marzo de 2016, *Flight Refund Ltd* contra *Deutsche Lufthansa AG*, ECLI:EU:C:2016:148, ponente M. Ilešič, apartados 47, 51 y 52.

²² Citamos el texto vigente del art. 17.1 RPME, tal y como ha sido redactado por el Reglamento (UE) 2015/2421, de 16 de diciembre de 2015.

motivos concretos de oposición que se hayan esgrimido frente al requerimiento no van a condicionar en modo alguno la defensa posterior: en una eventual continuación del proceso, el demandado podrá insistir en los mismos motivos ya alegados, reducirlos, ampliarlos o modificarlos totalmente. En este sentido, la STJUE de 13 de junio de 2013, negó que la oposición motivada en razones de fondo presentada *ex art.* 16 RPME supusiera una sumisión tácita a la Jurisdicción del Estado que ordenó el requerimiento europeo de pago; y, por ende, en el marco de la continuación del proceso que se produjo con posterioridad a aquella oposición, permitió al demandado alegar *ex novo* la falta de competencia internacional de los tribunales de aquel Estado –un motivo de oposición de tipo formal–.²³ En definitiva, de los razonamientos de esta STJUE de 13 de junio de 2013, cabe colegir que lo relevante, a los efectos de la oposición del art. 16 RPME, es que se presente escrito de oposición, sin que nada importe cuál sea el motivo –material o formal– que, en su caso, se haya esgrimido;²⁴ y, de ahí, parece razonable concluir que el escrito del art. 16 RPME es el cauce adecuado que debe utilizar el demandado cuando tenga cualquier tipo de motivo –material o formal– para oponerse al requerimiento europeo de pago.

11. Pues bien, en la línea de nuestra crítica a los argumentos del Gobierno portugués, la Sentencia que comentamos entiende que “*compete al demandado, cuando desea plantear una excepción de incompetencia del órgano jurisdiccional de origen* [lo que constituye un motivo formal o procesal para oponerse a la reclamación] [...], *actuar dentro del plazo de oposición establecido en el artículo 16 del Reglamento n° 1896/2006*” (apartado 39), a fin de que, en el marco de un eventual proceso posterior, se pueda efectuar un análisis de la competencia judicial con mucha mayor profundidad que la que permite el trámite acelerado de admisión que prevé el art. 8 RPME (apartado 42).

Y, así las cosas, dado que no era exigible un análisis contradictorio y exhaustivo de la competencia judicial en ese trámite acelerado de admisión del art. 8 RPME, y dado también que el derecho de defensa del demandado –incluida la facultad de impugnar la competencia judicial– estaba preservado con la posibilidad de oposición prevista en el art. 16 RPME, el Tribunal concluye que, “*en las circunstancias particulares del litigio principal, no puede considerarse que sea evidente que el requerimiento europeo de pago se haya expedido de forma manifiestamente errónea en contra del demandado, habida cuenta de los requisitos establecidos en el Reglamento n° 1896/2006*” (apartado 43).

3. La incompetencia judicial derivada de la infracción de un pacto de sumisión expresa no es una circunstancia excepcional porque el demandado la pudo tener en cuenta para oponerse en plazo y la revisión del art. 20.2 RPME no puede suponer una segunda oportunidad de oposición

12. Descartado que el requerimiento se hubiera “*expedido de forma manifiestamente errónea*”, los apartados 44 a 51 de la Sentencia se dedican a analizar si, a pesar de todo, nos encontrábamos ante

²³ Cfr. STJUE (Sala 3.^a) de 13 de junio de 2013, *Goldbet Sportwetten GmbH contra Sperindeo*, C-144/12, ECLI:EU:C:2013:393, ponente M. Ilešič, cuyo fallo es el siguiente: “*El art. 6 del Reglamento (CE) n° 1896/2006 [...], en relación con el art. 17 del mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que una oposición al requerimiento europeo de pago que no incluya una impugnación de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen no puede considerarse como una comparecencia en el sentido del artículo 24 del Reglamento (CE) n° 44/2001 [hoy, art. 26 Reglamento 1215/2012] [...], y que carece de pertinencia al respecto el hecho de que el demandado, en el marco del escrito de oposición que presentó, haya formulado alegaciones sobre el fondo del asunto.*”

²⁴ Y es que, como bien dice L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio europeo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 113, no cabe conferir “*ningún tipo de eficacia a la motivación que pueda incluir el demandado (por ejemplo, aplicando la regla de que en el proceso posterior no se le permitirán otros medios de defensa), ya que esto sería hacer de mejor condición a los demandados que se opongan utilizando el formulario, ya que en éste, estrictamente, no cabe tal motivación, pues no se recoge espacio para la misma*”. El proceso monitorio español no sigue este criterio sino el contrario: el escrito de oposición debe necesariamente contener, “*de forma fundada y motivada*”, las “*razones por las que, a su entender, [el demandado] no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada*” (art. 815.1 LEC); y, además, la jurisprudencia mayoritaria –aun no existiendo un precepto expreso que lo establezca– viene entendiendo que las “*razones*” que no se aleguen en el escrito de oposición serán objeto de preclusión y, por ende, no podrán ser esgrimidas en el proceso posterior (cfr. J. P. CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 76-78; y I. LANDÍN DÍAZ DE CORCUERA, “*La oposición a la reclamación por procedimiento monitorio tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Eventual equiparación del escrito de oposición a una contestación a la demanda*”, *Revista Consumo y Empresa*, núm. 5, julio 2017, págs. 1-14, VLEX-685457401). Hay, pues, en este punto una clara falta de sintonía entre la norma procesal europea (art. 16.3 RPME) y la norma procesal española (art. 815.1 LEC).

una “*circunstancia de carácter excepcional*” a los efectos de la revisión regulada en el art. 20.2 RPME, respondiendo el Tribunal también negativamente a esta cuestión.

En este punto, el Tribunal centra su atención, por un lado, en el hecho de que, en la petición inicial de proceso monitorio europeo, el demandante había fundamentado la competencia de los tribunales austriacos en el criterio del lugar de ejecución de los servicios, sin mencionar que existía el pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales belgas;²⁵ y, por otro lado, en el tenor literal del considerando 25 del RPME, que, refiriéndose al art. 20.2, dice así:

“Tras la expiración del plazo de presentación del escrito de oposición, el demandado debe tener derecho, en casos excepcionales, a solicitar una revisión del requerimiento europeo de pago. La revisión en casos excepcionales no debe significar que el demandado tenga una segunda posibilidad de oponerse a la petición. Durante el proceso de revisión no deben evaluarse los fundamentos de la petición considerando otros motivos que no sean los resultantes de las circunstancias excepcionales invocadas por el demandado. Las demás circunstancias excepcionales a que se refiere el art. 20.2 podrían incluir el hecho de que el requerimiento europeo de pago se hubiera basado en información falsa contenida en el formulario de petición.”

13. Relacionando las circunstancias concretas del caso con el último inciso del texto que acabamos de transcribir, el demandado, en su solicitud de revisión, había planteado que la ocultación al tribunal austriaco de la existencia de un pacto de sumisión expresa en favor de los tribunales belgas suponía que “*el requerimiento europeo de pago se hubiera basado en información falsa contenida en el formulario de petición.*”

En relación con este asunto, nos parecen razonables las reflexiones del Abogado General, que entendió que la ocultación del pacto de sumisión expresa no podía tildarse sin más de “información falsa” constitutiva de una circunstancia excepcional del art. 20.2 RPME por dos razones. En primer lugar, porque la mera existencia de un pacto de sumisión expresa en el condicionado general de un contrato no implica necesariamente que dicho pacto sea válido; podría ocurrir que el demandante lo hubiera considerado inválido y, por ello, no lo hubiera tenido en cuenta a la hora de especificar cuál era el criterio atributivo de la competencia en su petición inicial de proceso monitorio europeo. Y, en segundo lugar, porque, como hemos recordado en el epígrafe II de este trabajo, la existencia de un pacto de sumisión expresa válido a los tribunales de un Estado no impide que los tribunales de otro Estado puedan resultar competentes en virtud de una posterior sumisión tácita.²⁶

14. No obstante, el Tribunal no entra a valorar estas dos consideraciones del Abogado General y aborda el problema conectando las referencias a la “*información falsa*” del considerando 25 RPME con otro inciso –absolutamente fundamental– de ese mismo considerando. Se trata del inciso que dice que “*la revisión en casos excepcionales no debe significar que el demandado tenga una segunda posibilidad de oponerse a la petición*”, el cual enlazaría con los objetivos de simplificación, aceleración, rapidez y reducción de costes, que se mencionan en el art. 1.1.a) y en los considerandos 9 y 29 del RPME.

²⁵ Si acudimos al Formulario A, de “*Petición de requerimiento europeo de pago*”, incluido en el Anexo I del RPME, encontramos un apartado, el 3, dedicado a los “*Criterios de competencia del órgano judicial*”. En este apartado, el demandante, *Thurner Hotel*, consignó el código 02, relativo al “*lugar de cumplimiento de la obligación reclamada*” (cfr. art. 5.1 Reglamento 44/001, hoy art. 7.1 Reglamento 1215/2012). Nótese que, en ese mismo Formulario A, aparece también otro código, el código 12, para indicar que la competencia se funda en un “*acuerdo entre las partes de atribución de competencia*” (cfr. art. 23 Reglamento 44/001, hoy art. 25 Reglamento 1215/2012).

²⁶ Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 2 de julio de 2015, C-245/14, *Thomas Cook Belgium NV contra Thurner Hotel GmbH*, ECLI:EU:C:2015:442, apartados 32 y 33. Con todo, el segundo argumento –la posibilidad de una sumisión tácita que desvirtúe un previo pacto de sumisión expresa– es más débil, habida cuenta de que, por las características peculiares del proceso monitorio europeo, no tiene mucho sentido decir que un tribunal puede conocer de este tipo de proceso en virtud de una supuesta sumisión tácita, cuando la comparecencia del demandado solamente puede tener por objeto la presentación del escrito de oposición del art. 16 RPME. En este sentido, cfr., por ejemplo, L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio europeo*, cit., págs. 87-88, y J. LÓPEZ SÁNCHEZ, “*Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social*”, *Diario La Ley*, Año XXIX, núm. 6865, 21 de enero de 2008, epígrafe I.2.c), cuyas opiniones podrían considerarse refrendadas por la ya citada STJUE (Sala 3.^a) de 13 de junio de 2013, *Goldbet Sportwetten GmbH contra Sperindeo*, C-144/12, ECLI:EU:C:2013:393, ponente M. Ilešič.

Con buen criterio, el Tribunal razona que lo relevante en este caso no era si la ocultación del pacto de sumisión expresa suponía “*información falsa*”, sino *si esa ocultación pudo haber sido tenida en cuenta por el demandado para presentar un escrito de oposición del art. 16 RPME dentro de los treinta siguientes a la notificación del requerimiento*.

Pues bien, teniendo en cuenta (i) que, en los treinta días siguientes a la notificación del requerimiento, el demandado sí pudo tener en cuenta la ocultación del pacto de sumisión expresa porque el requerimiento de pago que se le notificó provenía de un tribunal austriaco y no de un tribunal belga (apartado 47), (ii) que, como hemos expuesto, el escrito de oposición debe utilizarse siempre que el demandado tenga cualquier motivo –material o formal– de impugnación de la reclamación (también la ocultación de un pacto de sumisión expresa; apartado 47) y, en fin, (iii) que los objetivos proclamados en el art. 1.1.a) RPME conllevan que, como dice el considerando 25, “*la revisión en casos excepcionales no debe significar que el demandado tenga una segunda posibilidad de oponerse a la petición*” (apartados 48, 50 y 51), entonces, no queda otra opción que la de concluir que la mencionada ocultación del pacto de sumisión expresa no podía constituir una “*circunstancia de carácter excepcional*” que justificara la revisión del requerimiento europeo de pago (apartado 49): el demandado conocía esa circunstancia; en su virtud, pudo haber presentado un escrito de oposición y no lo hizo, dejando que el requerimiento se convirtiera en ejecutivo; y, en fin, la petición de revisión que ahora formulaba suponía la “*segunda oportunidad*” que el considerando 25 RPME dice explícitamente que no cabe en el ámbito del art. 20.2 RPME.

Y todo ello lleva al Tribunal a fijar como doctrina que el art. 20.2 RPME “*debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que un demandado al que se haya notificado un requerimiento europeo de pago de conformidad con este Reglamento pueda solicitar la revisión de dicho requerimiento alegando que el órgano jurisdiccional de origen consideró erróneamente que era competente sobre la base de la información supuestamente falsa facilitada por el demandante en el formulario de petición del referido requerimiento de pago.*”

V. Conclusión: la falta de presentación del escrito de oposición en plazo hace que el demandado pierda todas las posibilidades de defensa, salvo aquellas que no pudo conocer por razones que no le eran imputables

15. Como acabamos de exponer, la Sentencia que comentamos mantiene, resumidamente, que la incompetencia del juez derivada de la infracción de un pacto de sumisión expresa no era una circunstancia excepcional del art. 20.2 RPME porque era un dato conocido por el demandado durante el plazo del que éste dispuso para presentar un escrito de oposición del art. 16 del mismo Reglamento, de manera que, si el demandado no presentó ese escrito, solo él debe soportar las consecuencias negativas de su inactividad y, en consecuencia, debe asumir que el requerimiento de pago haya devenido ejecutivo, sin posibilidad de plantear ningún tipo de revisión contra él.

Pero, si bien se mira, parece que el TJUE quiere decirnos algo de alcance mucho más general, que va mucho más allá del tenor literal del fallo de su Sentencia, a saber: que “*el demandado debe ejercer sus derechos dentro de los plazos que se imparten*”,²⁷ por lo que “*no cabe calificar de ‘circunstancia excepcional’ que justificaría la revisión del requerimiento aquella información (...) contra la que ya pudo reaccionar el deudor mediante la oposición*”;²⁸ o, con otras palabras, no es motivo de revisión del art. 20.2 RPME aquel que la parte demandada “*tuvo la posibilidad de invocarlo en el marco de la oposición prevista en el art. 16*”.²⁹

Pues bien, la conclusión que cabe extraer de esta reflexión de alcance general es, nos parece, muy importante para los intereses de los demandados en los procesos monitorios europeos, a saber: *que, en un proceso monitorio europeo, el demandado que no presenta escrito de oposición en el plazo de*

²⁷ El entrecomillado es de la Sentencia que comentamos, apartado 41.

²⁸ Son palabras de las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 2 de julio de 2015, C-245/14, Thomas Cook Belgium NV contra Thurner Hotel GmbH, ECLI:EU:C:2015:442, apartado 26.

²⁹ El entrecomillado es de la Sentencia que comentamos, apartado 47.

treinta días que prevé el art. 16 RPME pierde la oportunidad de hacer valer todas las posibles defensas –materiales o formales, de hecho o de Derecho– que, dentro de ese plazo, pudiera haber tenido en cuenta como fundamento para resistirse frente a la reclamación formulada contra él.

Se trata, en definitiva, de que la preclusión del derecho a presentar escrito de oposición –por su no utilización en el plazo de treinta días que marca el art. 16 RPME– determina también la preclusión de todas las facultades de alegar todas las excepciones materiales y procesales que con anterioridad resultaran conocidas o, mejor dicho, pudieran conocerse –por no existir ningún impedimento para ello–; de manera que esas facultades ya precluidas no podrán utilizarse en el marco de ningún procedimiento posterior (ni el del art. 20.2 RPME, ni ningún otro: cfr. art. 22.3 RPME).³⁰

16. No obstante, evidentemente, esta preclusión no afectará a las defensas que no se pudieron tener en cuenta dentro de aquel plazo de treinta días –por existir algún impedimento ajeno a la voluntad del demandado para su conocimiento–; y, por eso, solamente estas *defensas que no pudieron conocerse a tiempo de presentar el escrito de oposición* son las que podrían constituir las “*circunstancias excepcionales*” a las que se refiere el art. 20.2 RPME.

Dicho de otro modo, únicamente podríamos hablar de tales “*circunstancias excepcionales*” cuando nos encontremos ante “*causas o motivos [...] que el demandado no conocía o no pudo conocer, por causas no imputables a él*”,³¹ esto es, cuando las circunstancias de que se trate se hayan revelado “*en un momento efectivamente posterior, tras la expiración del plazo para formular oposición*”.³²

17. Todo ello no ha de resultar extraño para el jurista español, pues, en nuestro sistema procesal civil, la preclusión se concibe de manera muy rígida y estricta:³³ la ley procesal española tampoco gusta de conceder segundas oportunidades a los justiciables y, como regla, “*considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado*”;³⁴ lo cual conlleva la carga de los litigantes de denunciar las infracciones jurídicas en la primera oportunidad de la que dispongan porque “*en este punto es preciso constante oposición y protesta*”.³⁵

³⁰ En este mismo sentido, dice F.F. GARAU SOBRINO, “La oposición a un requerimiento europeo de pago emitido por órgano jurisdiccional incompetente. TJUE (Sala Cuarta) de 22 de octubre de 2015, asunto C-245/2014: Thomas Cook Belgium”, *La Ley Unión Europea*, Año VI, n.º 36, 29 de abril de 2016, epígrafe VI: “[...] recae sobre la parte demandada el peso de verificar si en la solicitud existen errores y, en caso afirmativo, oponerse al requerimiento. [...] Su falta de diligencia no le habilita a transformar el proceso de revisión del art. 20 en algo parecido a una segunda instancia en la que revisar lo que bien se le pasó por alto en la fase de oposición, o bien no supo ver por falta de diligencia únicamente a él imputable”.

³¹ F.F. GARAU SOBRINO, *ibidem*.

³² Este entrecomillado pertenece también a las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 2 de julio de 2015, C-245/14, *Thomas Cook Belgium NV* contra *Thurner Hotel GmbH*, ECLI:EU:C:2015:442, apartados 27 y 34.

³³ Cfr. nuestro trabajo *La preclusión en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2004, esp. págs. 105-123.

³⁴ Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, apartado XII, párrafo 13.º. Esta afirmación condensa lo que puede denominarse “efecto extensivo o expansivo” de la preclusión (cfr. *La preclusión...*, cit., págs. 268-281).

³⁵ El entrecomillado es del ATS1.ª de 27 de octubre de 1982, RJ 1982/5576, ponente J. de Castro García, FJ 1: pese a la antigüedad de la resolución, sus gráficas palabras siguen manteniendo plena virtualidad y vigencia en el proceso civil español.

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).