

CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL

www.uc3m.es/cdt

CDT

Marzo 2016
Volumen 8 Número 1

EISSN: 1989-4570

ESTUDIOS

The right to palliative care: a 'mirage' in the jurisprudence of the ECTHR and IACTHR? <i>Il diritto alle cure palliative: un 'miraggio' nella giurisprudenza della corte EDU e della corte IDU?</i>	5
FRANCESCO SEATZU / SIMONA FANNI	
Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable <i>Private international law and carriage of passenger by road: some issues about jurisdiction and applicable law</i>	17
UNAI BELINTXON MARTIN	
The joint and several liability of the parent company on competition matters, a European approach <i>La responsabilidad solidaria de la casa matriz en materia de defensa de la competencia, una visión europea</i>	36
WALTER BEVERAGGI DE LA SERNA	
Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante <i>European Regulation in matters of succession and habitual residence of the deceased</i>	47
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	
El material vegetal protegido por una patente o un derecho de obtentor y el empleo del producto de su cosecha con fines de propagación: agotamiento y privilegio del agricultor en Europa y en los EE.UU. <i>The vegetal material protected by patent or plant variety right and the use of the product of the harvest for propagating purposes: exhaustion and farmer's right in Europe and USA</i>	76
ÁNGEL GARCÍA VIDAL	
Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje <i>Recognition and enforcement of arbitral awards cancelled at the place of arbitration</i>	101
JOSÉ IGNACIO GARCÍA CUETO / JUAN SORIANO LLOBERA / JAUME ROIG HERNANDO	
Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el estado de origen <i>Recognition and enforcement of foreign arbitral awards set aside or suspended in the state of origin</i>	111
FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ / SARA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ	
El certiorari ante el Tribunal Supremo americano: una aproximación desde el derecho español <i>Petition for writ of certiorari to the Supreme Court of the United States: an approach from Spanish law</i>	125
JAVIER GILSANZ USUNAGA	

La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva <i>The implementation of the antitrust damages Directive. Some thoughts in the wake of the publication of the proposal for an implementation law</i>	150	
CARMEN HERRERO SUÁREZ		
Cross border testamentary trusts and the conflict of laws <i>Trusts testamentarios transfronterizos y conflicto de leyes</i>	184	
RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ		
The agreement establishing a unified patent court and its impact on the Brussels I recast Regulation. The new rules introduced under Regulation (EU) no 542/2014 in respect of the unified patent court and the Benelux Court of Justice L'accordo istitutivo del tribunale unificato dei brevetti e la sua incidenza sul Regolamento Bruxelles I-bis. Le nuove disposizioni introdotte dal Regolamento n. 542/2014 relativamente al tribunale unificato dei brevetti e alla Corte di Giustizia del Benelux	208	
FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI		
Algunas observaciones acerca del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual, en el <i>Common Law</i> <i>Some observations on the right of option of creditor to the breach in the common law</i>	223	
JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO		
La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil <i>The international legal cooperation in civil matters Act</i>	234	
ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT		
Las libertades fundamentales del mercado interno, su sinergia positiva con los derechos fundamentales en el derecho de la Unión Europea, y una anotación sobre el ámbito de aplicación <i>Internal market freedoms and the positive synergy with fundamental rights in the European Union Law, and a note on the scope of application</i>	260	
JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE		
Incumplimiento de la normativa comunitaria MIFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: consecuencias en el ámbito contractual según la jurisprudencia española <i>Failure to comply with MIFID rules regarding the duties of information and evaluation of the consumer: consequences in contractual law according the Spanish Supreme Court</i>	271	
EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZ		
<hr/>		
VARIA		
La relación de causalidad como indicio justificativo de la «actividad dirigida» en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil <i>Causality as evidence for «guided activity» in relation to international consumer contracts: analysis of the rule of protection in favor of the weakest contracting party</i>	301	
DAVID CARRIZO AGUADO		
Los will substitutes y el Reglamento sucesorio europeo <i>Will substitutes and the European Regulation in matters of succession</i>	318	
MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT		
Competencia judicial internacional y sucesiones internacionales. Costes de litigación y eficiencia económica <i>Judicial international competence and international successions. Costs of litigation and economic efficiency</i>	334	
ISABEL LORENTE MARTÍNEZ		
La guerra en Siria como causa de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor <i>The war in Syria as a cause for employment termination due to force majeure</i>	343	
JESÚS R. MERCADER UGUINA		
<hr/>		
SOBRE CDT	Normas de publicación	349

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

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

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

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

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO
(Univ. Zaragoza)

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO
(Univ. Islas Baleares)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

HEINZ PETER MANSEL
(Univ. KÖLN)

TITO BALLARINO
(Univ. Padova)

DIETER MARTINY
(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

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

JÜRGEN BASEDOW
(Max Planck Institut

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

für ausländisches und internationales
Privatrecht, Hamburg)

DARIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

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

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

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

ANGELO DAVI

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)

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

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)

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

STEFAN LEIBLE
(Univ. Bayreuth)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

ALESSANDRA ZANOBETTI
(Univ. Bologna)

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
(Univ. de La Rioja)

FRANCESCO SEATZU
(Univ. degli studi di Cagliari)

ÁNGEL GARCÍA VIDAL
(Univ. de Santiago de Compostela)

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA
(Univ. de Navarra)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.42

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: celiamaria.caamina@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

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

ESTUDIOS

THE RIGHT TO PALLIATIVE CARE: A ‘MIRAGE’ IN THE JURISPRUDENCE OF THE ECtHR AND IACtHR?

IL DIRITTO ALLE CURE PALLIATIVE: UN ‘MIRAGGIO’ NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU E DELLA CORTE IDU?

FRANCESCO SEATZU

*Professor of International and European Union Law
Department of Law, University of Cagliari, Italy*

SIMONA FANNI

*Teaching Assistant of International and European Union Law
Department of Law, University of Cagliari, Italy*

Recibido: 05.02.2016 / Aceptado: 09.02.2016

“The unreasonable failure to treat pain is poor medicine, unethical practice, and is an abrogation of a fundamental human right”.

Margaret Somerville

Abstract: Palliative care has so far often been the focus of various fields of study and has to date been assessed and examined from several perspectives. Sociologists, psychologists, philosophers and, last but not least, physicians and medical experts have considered the role and the evolution of palliative care both from a theoretical and an empirical perspective. But little attention has been paid so far to the right to palliative care from an international legal viewpoint. This is despite the fact that the European Court of Human Rights (‘ECtHR’) and the Inter-American Court of Human Rights (‘IACtHR’) have been confronted with issues related to palliative care on some occasions. The purpose of this paper is to fill this gap and to assess and subsequently compare and contrast the respective approaches of the ECtHR and of the IACtHR to palliative care. The paper will address, through some relevant examples, the enduring resistance by these two human rights courts to the affirmation of a human right to palliative care. It also formulates some proposals for overcoming these difficulties, including among others: a) an interpretation of the right to life under Article 2 of the ECHR aimed at distinguishing euthanasia from palliative care; b) a care-oriented interpretation of the prohibition of inhuman and degrading treatments under Article 3 ECHR by the ECtHR; c) a constant use of the notion of the ‘vida digna’ under Article 4 of the ACHR in the medical jurisprudence of the IACtHR; d) a use of the Inter-American Convention on the Rights of Older Persons of 2014 that explicitly recognizes a right to palliative care in the ACtHR’s case-law; e) a use of the WHO recommendations related to palliative care in the medical case-law of the ECtHR and the ACtHR.

Keywords: palliative care, European Court of Human Rights (‘ECtHR’), the Inter-American Court of Human Rights (‘ACtHR’), ‘vida digna’, inhuman and degrading treatments, end-of-life care, medical jurisprudence, the Inter-American Convention on the Rights of Older Persons (‘ICROP’).

* This article is the result of joint efforts and discussions of the authors who together wrote the Introduction. Professor Francesco Seatzu is responsible for Sections III and V and Dott. Simona Fanni is responsible for Sections II and IV.

Riassunto: Le cure palliative hanno sovente costituito il fulcro dell'attenzione di molteplici campi di studio e, fino ad oggi, sono state considerate ed esaminate da numerose prospettive. I sociologi, gli psicologi, i filosofi e, ultimi ma non meno importanti, medici ed esperti nell'ambito sanitario hanno vagliato il ruolo e l'evoluzione delle cure palliative da una prospettiva sia teorica che pratica. Pur tuttavia, scarsa attenzione è stata dedicata allo stato attuale al diritto alle cure palliative dal punto di vista giuridico a livello internazionale. Ciò è avvenuto nonostante la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ('Corte EDU') e la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo ('Corte IDU') si siano interfacciate con questioni connesse alle cure palliative in alcune occasioni. Il proposito del presente articolo consiste nel colmare questa lacuna e, conseguentemente, porre a confronto i rispettivi approcci della Corte EDU e della Corte IDU verso le cure palliative. Il presente lavoro si dedica, pertanto, mediante l'analisi di una serie di casi emblematici, alle persistenti resistenze delle due corti dedita alla protezione dei diritti umani sulle quali si concentra, rispetto all'affermazione del diritto umano alle cure palliative. L'articolo formula, altresì, alcune proposte per il superamento delle difficoltà incontrate dalle Corti nell'affrontare tale compito, in particolare suggerisce: a) l'interpretazione del diritto alla vita suggellato dall'Articolo 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) finalizzata a distinguere l'eutanasia dalle cure palliative; b) lo sviluppo, da parte della Corte EDU, di un'interpretazione medicalmente orientata del divieto di trattamenti inumani e degradanti contemplato dall'Articolo 3 della CEDU; c) l'impiego costante della concezione della "vida digna" secondo l'Articolo 4 della Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo (CADU) nella giurisprudenza sanitaria della Corte IDU; d) un utilizzo della Convenzione Interamericana dei Diritti delle Persone Anziane del 2014 che riconosca espressamente il diritto alle cure palliative nella giurisprudenza della Corte IDU; e) l'uso delle raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) relative al diritto alle cure palliative nella giurisprudenza sanitaria della Corte EDU e della Corte IDU.

Parole chiave: cure palliative, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ('Corte EDU'), Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo ('Corte IDU'), 'vida digna', trattamenti inumani e degradanti, terapie per i pazienti in fase terminale, giurisprudenza sanitaria, Convenzione Interamericana sui Diritti delle Persone Anziane (CADPA).

1. Introduction

1. 'My mother was a cancer patient for nearly 20 years. She received excellent medical care for the vast majority of that time. The last week of her life was more traumatic than anything she had gone through in the previous two decades and it continues to haunt me to this day. It does not have to be this way. Had we had a palliative care team involved in her care, she would have still died of her disease, but her death would have been more peaceful for all of us'. These are the words of Dr. Leeat Granek, who, besides being a psychologist, has herself experienced the suffering of coping with a loved one's illness and bereavement.¹

2. As reported here, these words perfectly elucidate the human side of palliative cares. Moreover, and more generally, they help us understand the great attention globally attributed so far to palliative treatments, i.e. the fact that they have represented a topic of interest in several scientific fields.² In brief,

¹ See L. GRANEK, 'Palliative care is a human right' (*Huffington Post*, 10 May 2015) <http://www.huffingtonpost.com/dr-leeat-granek/palliative-care-is-a-human-right_b_8239460.html> accessed 22 November 2015.

² See C. CAHN, *Human Rights, State Sovereignty, and Medical Ethics: Examining Struggles Around Coercive Sterilization of Romani Women* (Martinus Nijhoff Publishers 2014) 209 ff., where social action in human rights is theorized and assessed; F. BRENNAN, 'Dignity: A Unifying Concept for Palliative Care and Human Rights' (2014) 22 (2) *Progress in Palliative Care* 88-96; S. NEGRI (ed), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care. Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective* (BRILL 2011) 3 ff; Open Society Foundation, 'Palliative Care as a Human Right: A Fact Sheet' (May 2011) <<https://www.opensocietyfoundations.org/publications/palliative-care-human-right-fact-sheet>> accessed 22 November 2015; J. STJERNWARD, D. CLARK, 'Palliative Medicine: A global perspective' in D. DOYLE, G. HANKS, N. I. CHERRY, K. CALMAN (eds), *Oxford Textbook of Palliative Medicine* (3rd ed. Oxford University Press 2004).

it is sufficient here to recall the efforts that, in particular, medical doctors, sociologists, psychologists and philosophers³ have made towards making palliative care central to the debates on the most sensitive issues related to chronic diseases and end-of-life care.⁴ Furthermore, as reported here, Dr. Granek's above-mentioned statements also help us understand why the World Health Organization (WHO) has adopted a large number of resolutions on the topic of palliative care.⁵ Again, they aid us in understanding the rationale behind the WHO's broad definition of 'palliative care' as: 'an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problems associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual'.⁶ As has already been variously observed, this is a definition of palliative care consistent with the conception of health enshrined in the Preamble of the WHO's establishing agreement, which provides that: 'health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity'.⁷ Lastly, Dr. Granek's above-mentioned statements are also of help in perceiving the pivotal importance of a 'human dignity approach'⁸ to ethical and legal issues of palliative care and care at the end of life.⁹ Yet, a dignified existence is needed to cope with chronic and terminal illnesses, and represents one of the key goals pursued by palliative care.¹⁰

3. This paper aims first at assessing and, subsequently, at comparing and contrasting the respective contributions of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) to the widespread lack of attention paid by these bodies to the values embodied in international legal instruments on the right to palliative care. As Professor Thomas Buergenthal indirectly suggests, this type of comparative approach to the topic is strongly advisable because 'although the American Convention is modeled on the European Convention, it departs from or improves upon the latter in a number of important respects'.¹¹ In this paper, an empirical analysis is conducted on the compliance of the judicial decisions of the two regional human rights courts in Europe and the Americas with the international standards on the protection of health, especially when palliative treatment and end-of-life care are involved. This requires a comparative study of the influence of those legal instruments on the case law of the ECtHR and the IACtHR. To do so, this paper starts with a brief discussion on the relevant binding instruments that could help to provide a suitable normative basis for the effective protection and enforcement to the right to palliative care. Subsequently, the WHO standards

³ See L. Gwyther, F. Brennan, R. Harding, 'Advancing Palliative Care as a Human Right' (2009) 38 *Journal of Pain and Symptom Management* 767-774; I. Tuffrey-Wijne, D. McLaughlin, L. Curfs, A. Dusart, C. Hoenger, L. McEnhill, S. Read, K. Ryan, D. Satgé, B. Straßer, B. E. Westergaard, D. Oliver, 'Defining consensus norms for palliative care of people with intellectual disabilities in Europe, using Delphi methods: A White Paper from the European Association of Palliative Care' (2015) *Palliative Medicine* 1-10 <<http://pmj.sagepub.com/content/early/2015/09/06/0269216315600993.full>> accessed 22 November 2015.

⁴ See S. Negri, 'Cuidados Paliativos y Derecho Internacional de Los Derechos Humanos: El Derecho Universal a No Sufrir' in T. Zamudio (ed), *BIOÉTICA: Herramienta de las Políticas Públicas y de los Derechos Fundamentales en el Siglo XXI* (UMSA-UNISA-ProDiversitas 2012) 237-260, 240, who deals with the difference between palliative care in general and palliative treatment administered as end of life care; Human Rights Watch, 'Please, Do Not Make Us Suffer Any More: Access to pain treatment as a human right' (*Human Rights Watch*, March 2009) p. 5 <http://www.hrw.org/en/reports/2009/03/02/please-do-not-make-us-suffer-any-more> accessed 23 January 2016.

⁵ See e.g. World Health Organization, 'WHO definition of palliative care' (WHO) <www.who.int/cancer/palliative/definition/en/> accessed 15 January 2016.

⁶ Ibid.

⁷ Preamble to the Constitution of the World Health Organization as adopted by the International Health Conference, New York, 19-22 June, 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of the World Health Organization, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948., <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf> accessed 22 November 2015.

⁸ F. Brennan (n 2) 92 ff.

⁹ See F. Seatzu, 'Constructing A Right To Palliative Care: The Inter-American Convention on the Rights of Older Persons' (2015) *Ius et Scientia* <<http://institucional.us.es/iusetscientia/index.php/ies/index>> accessed 15 January 2016.

¹⁰ F. Brennan (n 2); S. Negri (n 4).

¹¹ T. Buergenthal, 'The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences' (1981) 34 *AUL Rev* 156.

are taken into consideration, together with the significant universal and regional soft law sources on the issue, such as Principle 24 of the UN Principles on the Protection of All Persons Subject to Any Form of Detention or Prison and the Recommendations adopted in the framework of the Council of Europe. In this framework, particular attention is paid to the Inter-American Convention on the Human Rights of Older Persons, which explicitly provides for the right to palliative care on the landscape of international binding instruments for the very first time.

2. A Survey of the International Standards on the Protection of the Right to Palliative Care.

4. Our starting point here is that the right to palliative care was ignored by international binding law until the adoption of the Inter-American Convention on the Human Rights of the Older Persons (ICROP) in June 2015.¹² This is notwithstanding the undisputed importance of palliative care as a tool for improving the quality of life of the patients and their family.¹³ This is also notwithstanding the attention that has been globally devoted to the right to palliative care by several international sources of soft law such as the Prague Charter for Palliative Care¹⁴ and Recommendation Rec 24 (2003) of the Committee of Ministers of the Council of Europe to its member States on the organization of palliative care.¹⁵

5. Nevertheless, despite the ‘silence’ of international binding law on palliative treatments (including of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD),¹⁶ the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW),¹⁷ the UN Convention on the Rights of the Child (CRC)¹⁸ and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR),¹⁹ both the UN Committee on the Rights of the Child²⁰ and the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights²¹ have urged the adoption of

¹² Organization of the American States, Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons, 15 June 2015, A-70. The text of the Inter-American Convention on the Rights of Older Persons, in English, is also available at OAS’ official website: <http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-70_human_rights_older_persons.asp>.

¹³ See F. BRENNAN (n 2); S. NEGRI (n 4). World Health Organization, ‘WHO definition of palliative care’ (n 5).

¹⁴ Prague Charter for Palliative Care [2013]. The text of the Charter, in English, is also available at: <https://secure.avaaz.org/en/petition/The_Prague_Charter_Relieving_suffering> accessed 14 October 2015.

¹⁵ Council of Europe, Recommendation Rec (2003) 24 of the Committee of Ministers to member states on the organisation of palliative care. Adopted by the Committee of Ministers on 12 November 2003 at the 860th meeting of the Ministers’ Deputies <[http://www.coe.int/t/dg3/health/Source/Rec\(2003\)24_en.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/health/Source/Rec(2003)24_en.pdf)> accessed 6 December 2015.

¹⁶ UN General Assembly, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195 <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html>> accessed 22 January 2016.

¹⁷ UN General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13 <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3970.html>> accessed 22 January 2016.

¹⁸ UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3 <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html>> accessed 22 January 2016.

¹⁹ UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3 <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html>> accessed 6 December 2015.

²⁰ In particular, UN Committee on the Rights of the Child, Fifty-sixth session. Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 44 of the Convention. Concluding Observations: Belarus, paras. 54-56. In this respect, see N. CHERNY, M. FALLON, S. KAASA, R. K. PORTENOY, D. C. CURROW, *Oxford Textbook of Palliative Medicine* (5th edn, Oxford University Press 2015) 274.

²¹ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), see in particular General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4 <<http://www.refworld.org/docid/4538838d0.html>> accessed 6 December 2015. See e.g. BRENNAN (n 2) 92 (stressing *inter alia* that when General Comment no. 14 on Article 12 of the ICESCR was issued in 2000, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights explicitly recognized palliative care as integral part of healthcare (i.e. palliative treatment was said to fall within the scope of application of the right to health enshrined in the ICESCR). See also S. NEGRI, ‘Universal Human Rights and End-of-Life Care’ in S. NEGRI, J. TAUPITZ, A. SALKIC, A. ZWICK (eds), *Advance Care Decision Making in Germany and Italy. A Comparative, European and International Law Perspective* (Springer 2013) 1-37; S. NEGRI (n 4) 258 ff.; Open Society Foundation, ‘Palliative Care as a Human Right: A Fact Sheet’ (Open Society Foundation, May 2011) <<https://www.opensocietyfoundations.org/publications/palliative-care-human-right-fact-sheet>> accessed 22 November 2015.

measures to ensure the accessibility and availability of palliative care, at least on some occasions.²² The reason for this is clear and straightforward: the CRC and the ICESCR *can* be interpreted as protecting the right to palliative care. With the CRC, there are some provisions that suggest this conclusion. A first provision is Article 6, which protects the right to life and sets the obligation on States to ensure ‘to the maximum extent possible the survival and development of the child’. Another provision is Article 24, which protects the right to health of children. Similar considerations also apply to the ICESCR in general, and to Article 12 of the ICESCR in particular. As a confirmation of this, one may recall that in its General Comment no. 14, the CESCR advanced an interpretation of Article 12 of the ICESCR which considered equal access to palliative care as the object of a State duty under the Covenant as well as a means of protecting human dignity when chronic or terminal illnesses jeopardize it.²³ Of significance here is also the fact that, along with the CESCR and UN Committee on the Rights of the Child, the UN Special Rapporteur against Torture has urged States to adopt the indispensable measures in order to ensure accessibility and availability of palliative treatments.²⁴ Starting from the correct premise that the denial of palliative treatments may amount to cruel, inhuman or degrading treatment, it has interpreted Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which sets the prohibition of torture and other inhuman and degrading treatment, as the normative basis for the elaboration of the standards that States shall meet as far as it concerns health care.²⁵ Moreover, equally significant here is that the UN Special Rapporteur against Torture has explicitly extended the right of palliative care to infant and young children paediatric patients.²⁶

6. The rest of the paragraph provides a survey of the main international health care standards. To ascertain and critically evaluate the nexus between, on the one side, the ECHR and ACHR and, on

²² In particular, see the Comments of the Committee on the Convention on the Rights of the Child on Swaziland (2006), Uganda (2005) and Botswana (2004) of the UN Committee on the Rights of the Child (CRC); these sources do not explicitly refer to palliative treatment but urge States to improve the health assistance given to children affected by HIV. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4, para. 12. <<http://www.refworld.org/docid/4538838d0.html>> accessed 6 December 2015.

²³ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4, para. 34 <<http://www.refworld.org/docid/4538838d0.html>> accessed 6 December 2015 (stressing that: ‘States are under the obligation to respect the right to health by, *inter alia*, refraining from denying or limiting equal access for all persons [...] to preventive, curative and palliative health services’.)

²⁴ The Special Rapporteur has stressed that ‘the failure to ensure access to controlled medications for pain and suffering threatens fundamental rights to health and to protection against cruel, inhuman and degrading treatment’. Letter from Manfred Nowak, Special Rapporteur on Torture, and Anand Grover, Special Rapporteur on the right to the highest attainable standard of health, to Her Excellency Ms. Selma Ashipala-Musavyi, Chairperson of the 52nd Session of the Commission on Narcotic Drugs, 10 December 2008, p. 4 <http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/12.10.2008%20Letter%20to%20CND%20fromSpecial%20Rapporteurs.pdf> accessed 22 January 2016. In this respect, also see Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, A/HRC/10/44, 14 January 2009 <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/12/PDF/G0910312.pdf?OpenElement>> accessed 22 November 2015. N. BURKE-SHYNE, ‘Ukraine applies Anti-Torture Standards to Health Care (*Open Society Foundation*, 1 September 2015) <<https://www.opensocietyfoundations.org/voices/ukraine-investigates-health-care-abuses-torture>> accessed 22 November 2015. This article explains how, given the findings set out in the Report on Ukraine issued by the Special Rapporteur against Torture and Other Inhuman and Degrading treatment, Ukraine has adopted an appropriate policy, aimed at preventing inhuman and degrading treatment, in line with the view expressed in the Report.

²⁵ Article 7 of the ICCPR provides that: ‘No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation’.

²⁶ As far as it concerns paediatric palliative care, the UN Special Rapporteur on Health and Torture has clearly stated that ‘palliative care for young children is an obligatory part of health-care services . . . [They] have the right to receive the necessary physical, social, psychosocial and spiritual care to ensure their development and promote their best possible quality of life . . . Health systems must have adequately trained professionals to assess and treat pain in children of different ages and developmental stages and ensure the availability of paediatric diagnostic procedures and palliative care medicines in paediatric formulations...’ In this respect, see Report of the UN Special Rapporteur on the right to the highest attainable standard of health, Dainius Puras, A/70/213, 30 July 2015, para. 52, <<http://ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/SRRightHealthIndex.aspx#>> accessed 23 January 2016. For a closer view on the state of art on paediatric palliative care, see J. MARSTON, ‘Children Around the World Aren’t Getting the Palliative Care They Need’ (*Open Society Foundation*, 8 October 2015) <<https://www.opensocietyfoundations.org/voices/children-around-world-aren-t-getting-palliative-care-they-need>> accessed 22 November 2015.

the other side, the international standards and general principles dealing with health care issues, it is useful to consider in particular those standards and principles that have succeeded in clarifying the most complex issues, and in particular those related to the human right to palliative care.

7. A broad and heterogeneous spectrum of international legal rules on the right to health care has existed for the international community at least since the early 1990s. The origins and main features of the standards and principles that are, objectively speaking, the most useful for interpreting and applying the most relevant ECHR and ACHR articles in the field of medical and health care are briefly outlined below.

8. The first modern (non-legally binding) international standards for the protection of health care were adopted in 1990 by the WHO after several years of study. The most noteworthy feature of these standards, the so-called WHO National Cancer Control Programmes, is their detailed elaboration of a wide range of models for States, aimed at easing the integration of palliative treatments into national health care systems. A second aspect of these standards that is worthy of being listed here is the statement according to which: 'freedom from cancer pain must be regarded as a human right issue'.²⁷ A third aspect of these standards to be recalled is their utility in defining WHO Member States' duties to provide relief treatments. In this respect, it is sufficient to indicate that: 'the government of each WHO Member State has as responsibility'.²⁸ A fourth and last aspect worthy of being mentioned is that ensuring palliative care is perceived by the drafters of these standards as a priority that cannot be sacrificed because of low resource levels.

9. A similar approach, *mutatis mutandis*, can also be found in other international legal instruments that deal with the protection of the right to health care. Among these is the Prague Charter for Palliative Care as a Human Right, promulgated by the European Association of Palliative Care in collaboration with other organizations, which significantly defines 'health' as encompassing the health of people with life-limiting illness;²⁹ the Recommendation 1418 (1999) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the 'Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying', adopted in March 2002 at the 790th meeting of the Ministers' Deputies of the Council of Europe; the Recommendation 1796 (2007) of the Parliamentary Assembly on the situation of elderly persons in Europe, adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly of the Council of Europe on 24 May 2007 and more recently the Inter-American Convention on the Human Rights of Older Persons (ICROP),³⁰ the first international binding instrument that expressly provides the human right to palliative care from various standpoints by making explicit reference to the WHO National Cancer Control Programmes.

3. Health Care Issues before the European Court of Human Rights ('ECtHR')

10. Little attention has been paid thus far to the human right to palliative care in the case-law of the European Court of Human Rights ('ECtHR'). This is notwithstanding the fact that this Court has been confronted with issues related to palliative care on several occasions.

²⁷ World Health Organization, 1998b; World Health Organization, 'Approaches to Cancer Control', p. 88 <<http://www.who.int/cancer/media/en/411.pdf>> accessed 22 January 2016.

²⁸ World Health Organization, 'National cancer control programmes: policies and managerial guidelines' (WHO, 2nd ed., 2002) p. 113 <www.who.int/cancer/media/en/408.pdf> accessed 6 December 2015.

²⁹ The text of the Charter, in English, is also available at <https://secure.avaaz.org/en/petition/The_Prague_Charter_Relieving_suffering> accessed 14 October 2015. On the subject, see E. SCHMIDLIN, D. OLIVER, 'Palliative care as a human right: what has the Prague Charter achieved?,' (2014) 22 (3) *Eur J Pall Med* 141 – 143; L. RADBRUCH, L. DE LIMA, D. LOHMAN, E. GWYTH, S. PAYNE, 'The Prague Charter: Urging governments to relieve suffering and ensure the right to palliative care' (2013) 27 (12) *Palliative Medicine* 101-102.

³⁰ The Inter-American Convention on the Rights of Older Persons (n 12). On the subject, see F. SEATZU, 'Sulla Convenzione dell'Organizzazione degli Stati Americani sui Diritti' (2015) 31 *Anuario español de derecho internacional* 349 ff.

11. *D v. the United Kingdom* counts, undoubtedly, as among the most exemplary decisions in this regard.³¹ Not only does it not provide any input on the right to palliative care, as would have been possible considering the object of the decision of the Court, it also fails to sufficiently clarify when the denial of palliative treatment amounts to a violation of Art. 3 of the ECHR, which prohibits torture, and ‘inhuman or degrading treatment or punishment’. Most importantly, it fails to place the right to palliative care in the mainstream of the fundamental rights protected by the ECHR.

12. This jurisprudence was also applied in the case *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*,³² concerning the death of an HIV-positive, intellectually disabled man of Roma ethnicity. In that case, the Court admittedly ascertained the violation of Articles 2 and 3 of the ECHR, when Romania failed to provide the indispensable medical assistance to Mr. Câmpeanu on behalf of whom the application was submitted to the ECtHR. However it is also true that very few considerations – if at all – were made by the Court on the parallel issue of whether the failure to provide palliative treatments to Mr. Câmpeanu also resulted in the breach of Articles 2 and 3 of the ECHR.

13. A similar approach, mutatis mutandis, may be found in *Sanles Sanles v. Spain*, an earlier case where the Court did not go much further than stating the obvious: ‘providing improved conditions or care might help alleviating the suffering ended by terminal patients’.³³ Again, a similar attitude was taken by the Court with respect to the right to private and family life under Art. 8 of the ECHR in *McGlinchey v the United Kingdom*,³⁴ a case involving the death of a heroin addict as a result of an alleged lack of medical care during her detention. Moreover, and more recently, a similar attitude of the ECtHR may be detected in *Lambert v. France*, a case about end-of-life decision-making on behalf of a persistently incompetent patient.³⁵ Some adjustments to this jurisprudence may be found, however, in *Koch v. Germany*, where the ECtHR implicitly acknowledged the role of palliative cares as a value-added complement to avoid assisted suicide.³⁶ But this acknowledgment was most likely motivated by the special circumstance that in this case: ‘doctors overwhelmingly concurred that palliative care improvements rendered assisted suicide unnecessary’.³⁷

14. Having stated this, since the ECtHR has thus far adopted an overall cautious attitude towards the recognition of a right to palliative care within the ECHR framework, the ECtHR would benefit from referring to the above-mentioned and far more detailed international standards and guidelines as major (if not indispensable) resources for the protection of the right to palliative care. It is true that in themselves these instruments (with the main exception of the ICROP) are not legally binding. Nevertheless they contain various and important clarifications on issues such as the notion of palliative care that has been defined in detail in the Preamble of the ICROP as: ‘the active, comprehensive and interdisciplinary treatment of patients whose illness not responding to curative treatment or who are suffering avoidable pain, in order to improve their quality of life until the last days of their lives’,³⁸ as well as on the duties of both public and private health care institutions to provide access to palliative cares, including access to essential pain medications for older persons. Moreover, these guidelines, standards and provisions may also aid the Court in developing feasible solutions and elaborating effective paths for recognizing and affirming palliative care as a fundamental right. Yet this is certainly true when referring in particular

³¹ *D. v the United Kingdom* (1997) 24 EHRR 423.

³² *Case of Centre for Legal Resources on Behalf Of Valentin Câmpeanu v Romania* ECHR 2014 xxxx.

³³ *Sanles Sanles v Spain* ECHR 2000-XI 479, and see *Pretty v the United Kingdom* ECHR 2002-III 155, para. 55.

³⁴ *McGlinchey v the United Kingdom* ECHR 2003-V 183. For a broader perspective on the protection of the right to health in prison, F. SEATZU, S. FANNI, ‘A Comparative Approach to Prisoners’ Rights in the European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence’ forthcoming in the *Denver Journal of International Law & Policy*.

³⁵ *Lambert and Others v France* ECHR 2015 xxxx.

³⁶ *Koch v Germany* App no 497//09 (ECHR, 19 July 2012).

³⁷ *Ibid.* para. 64.

³⁸ See Organization of the American States, Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons (n 12), Art. 2.

to the WHO National Cancer Control Programmes, which can be useful since they openly affirm that ‘freedom from cancer pain shall be regarded as a human right issue’.³⁹ Mutatis mutandis, this is also true when referring to the Prague Charter for Palliative Care, which promotes the idea that health must be interpreted broadly as also encompassing the health of people with life-limiting illness. Furthermore, and more specifically, they could help the Court to affirm that even the lack or denial of palliative treatments could be conceived as ‘ill treatment’, of course provided they meet the minimum level of severity required by Art. 3 ECHR.

15. The next question is therefore why the ECtHR in its health-related jurisprudence has never referred to the Prague Charter, the WHO Guidelines, or other international legal standards dealing with the right to palliative care despite their above-mentioned advantages.

16. Perhaps at least four explanations may be provided for the rejection of those instruments as interpretative tools of the ECHR provisions. A first explanation is the ECtHR’s desire to prevent the emergence of a human right to palliative care in its case-law. This is notwithstanding the contribution that the recognition of such a right might give to the development and further consolidation of the ECtHR’s jurisprudence on the right to health that is currently at an early stage of maturity.⁴⁰ Direct evidence of this Court’s above-illustrated negative attitude towards accepting protection for the right to palliative care arises from several, even recent, judicial pronouncements, some of them already indicated above. For instance, this emerges from two leading judgments, respectively in *Lambert v. France*⁴¹ and *Pretty v. the United Kingdom*.⁴² A second explanation lies in the difficulties of selecting – from among the different standards, general principles and guidelines currently existing on the right to palliative treatments – the ones most appropriate for the interpretation of the ECHR provisions. This is mainly because of the diversity existing between such instruments. A third (although indirect) explanation can be found in the challenge of shaping a right to palliative care as a fundamental right. The magnitude of this challenge is evident if one considers that health activists, policy experts, academics, and others have advanced a multiplicity of interpretations of this right but no precise definition has attained widespread acceptance.⁴³ Yet much of this discussion on definition was only at an abstract philosophical and legal level of discourse (i.e. with little reference to the experience of the large majority of patients).⁴⁴ A final explanation is that none of the ECHR provisions refers explicitly to the possibility for the ECtHR to make reference to international legal tools, whether binding or non-binding.

17. All these difficulties are not to be underestimated, at least as regards the Prague Charter and the Council of Europe’s Recommendation on the protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying. However, this is not a justification for excluding these and other correspondent standards and principles as interpretative tools of ECHR provisions. To the contrary, the recognition, since the 1990s, that the rules of public international law may be used as supporting

³⁹ World Health Organization, 1998b (n 27); World Health Organization, ‘Approaches to Cancer Control’ (n 27), p. 88.

⁴⁰ J. McHALE, ‘Fundamental Rights and Health Care’ in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T. K. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe - The Role of European Union Law and Policy* (Cambridge University Press 2010) 282-314, 286.

⁴¹ *Lambert and Others v France* (n 35).

⁴² *Pretty v the United Kingdom* ECHR 2002-III 155.

⁴³ An exception might be the WHO Definition of Palliative Care, according to which: ‘Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual’. In this respect, see World Health Organization, ‘WHO definition of palliative care’ (n 5). See F. SEATZU, ‘Constructing a Right to Palliative Care: the Inter-American Convention on the Rights of Older Persons’ (2015) 1 (1) *Ius et Scientia* 25-40, 27; H. TEN HAVE, R. JANSSENS, *Palliative Care in Europe: Concepts and Policies* (IOS Press 2001).

⁴⁴ F. SEATZU (n 43); R. BECKER, ‘Palliative care 1: Principles of palliative care nursing and end-of-life care’ (2013) 105 *Nurs Times* <<http://www.nursingtimes.net/clinical-subjects/end-of-life-and-palliative-care/palliative-care-1-principles-of-palliative-care-nursing-and-end-of-life-care/2007480.fullarticle>> accessed 23 January 2016; F. RANDALL, R. SILCOCK DOWNIE, *The Philosophy of Palliative Care: Critique and Reconstruction* (Oxford University Press 2006) 10 ff.

evidence for expanding the applicability of the ECHR articles,⁴⁵ and above all, the fact that promoting the ‘provision of palliative care as a human right is admirable advocacy’, shows that such standards and general principles can indeed be used as interpretative tools of ECHR provisions in general and of Articles 2, 3 and 8 of the ECHR in particular.⁴⁶ In other words, given the utility of the ICROP and WHO National Cancer Control Programmes in clarifying the significance and operational character of the human right to palliative care as well as in drawing a distinction between palliative treatments and euthanasia,⁴⁷ the ECtHR’s approach, especially in the interpretation of the right to life under Article 2 of the ECHR and the prohibition of inhuman and degrading treatments under Article 3 of the ECHR, must be based on not an occasional, but on a systematic and frequent reference to these instruments.

18. Generally speaking, by interpreting ECHR provisions independently of the international guidelines and general principles on the protection of health care, the ECtHR failed to consider, for instance, that end-of-life care encompasses palliative care, which focuses on managing pain and other disturbing symptoms by offering psychological aid to patients.⁴⁸ More generally, it failed to acknowledge that the rights guaranteed by the ECHR are minimum rights; their exercise cannot be limited to a greater extent than that allowed by other international instruments, including the international instruments indicated above. In other words, as any obligation undertaken by a State under other international human rights instruments is of the maximum importance and its coexistence with the duties under the ECHR must therefore be taken into account to guarantee results that are most favourable to the individual, the ECHR must interpret the Convention in general, and Articles 2, 3 and 8 in particular, in a manner consistent with the tools of international human rights, including the binding and non-legally binding principles on the right to palliative care such as the ICROP, WHO National Cancer Control Programmes and the Prague Charter for Palliative Care. Further, although indirect, confirmation is the fact that by complying with such rules – notably with the WHO National Cancer Control Programmes that aim to lay down universal standards binding outside any treaty process, and therefore applicable without regard to specific acceptance by States, which can be invoked by any fundamental rights supervisory mechanism – the ECHR may expand its health care case-law. Moreover, it could also comply with its own jurisprudence on Art. 2 of the ECHR according to which this Article contains not only negative but also positive obligations.⁴⁹ Furthermore, it could adopt an approach coherent with its own statements and defence of the quality of life in the *Pretty* case, since improvement of the quality of life is clearly one of the essential aims of palliative treatments.

19. To sum up, as the case-law under Articles 2, 3 and 8 of the ECHR clearly indicates, the consequences of the negative approach of the ECHR towards the aforementioned standards and general principles on health care cannot be underestimated. This is so even though these consequences have not been universally recognized as being particularly relevant in practice.

⁴⁵ *Gustafsson v Sweden* ECHR 1996-II 655. F. SEATZU, S. FANNI, ‘The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine’ (2015) 31(81) *Utrecht Journal of International and European Law* <<http://www.utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.da>> accessed 23 January 2016.

⁴⁶ J. McHALE (n 40) 286. G. REPETTO, ‘The Right to Health in the Case Law of the European Court of Human Rights’ (Academia.edu) <https://www.academia.edu/9605747/Right_to_Health_in_the_case_law_of_the_European_Court_of_Human_Rights> accessed 23 January 2016.

⁴⁷ F. SEATZU (n 43); Margaret Somerville, *Death Talk: The Case against Euthanasia and Physician-Assisted Suicide* (2nd edn, McGill-Queen’s University Press 2014); R. DWORKIN, *Life’s domination: An argument about abortion and euthanasia* (Knopf 1993) 240.

⁴⁸ S. B. MATH, S. K. CHATURVEDI, ‘Euthanasia: Right to life vs right to die’ (2012) 136 (6) *Indian J Med* 899–902; V. IVONE, ‘Exploring Self-Determination and Informed Consent in Advance Directive in light of the Italian Legal System’ in S. NEGRI (n 2) 402 ff.; P. MIERZEWSKI, ‘The Need for More Palliative Care’ in *Euthanasia: National and European perspectives* (Council of Europe 2004) 153 ff.

⁴⁹ J. F. AKANDJI-KOMBE, *A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights – Human Rights Handbook n. 7* (Council of Europe 2007) 20 ff. <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff4d>> accessed 23 January 2016. Also see *Case of Centre for Legal Resources on Behalf Of Valentin Câmpeanu V. Romania* ECHR 2014 xxxx, paras. 130 ff.

4. Health Care Issues before the Inter-American Court of Human Rights ('IACtHR').

20. The IACtHR has developed a rich jurisprudence on health care matters under Art. 5, paras. 1 and 2 of the ACHR, which respectively protect the right not to be subject to torture and inhuman or degrading treatment.

21. The possibility of using Art. 5, para. 1 for this purpose was first recognized in 2004, when the Court explained that: 'pursuant to Art. 5 of the ACHR the State has the obligation to provide regular medical examinations and care to prisoners, and also adequate treatment when this is required'.⁵⁰ Moreover, in the same judgment, the Court also said that: 'the State must allow and facilitate prisoners being treated by the physician chosen by themselves or by those who exercise their legal representation or guardianship'.⁵¹ The same line of reasoning was applied by the IACtHR in some of its subsequent rulings, such as *Ximenes Lopes v. Brazil*⁵², *Vélez Loor v. Panama*⁵³ and *Vera Vera v. Ecuador*.⁵⁴

22. The IACtHR's judgment in *Vera Vera* is particular exemplary in this regard, since it recognized that: '...the medical negligence of State authorities in this case generated violations to Mr. Vera Vera's rights to personal integrity and life, and as such [...] the Ecuadorian State violated Article 5 (1), 5 (2) and 4 of the Convention, in conjunction with Article 1 (1) thereof, to the detriment of Mr. Pedro Miguel Vera Vera'.⁵⁵ Moreover, and more generally, it explicitly stated that: 'the rights to life and personal integrity are directly and closely linked with human health care'.⁵⁶ Two other exemplary cases are the *Yakye Axa*⁵⁷ and *Alban Cornejo*⁵⁸ cases, where some achievements were made in terms of protecting the indigenous communities' right to health in the framework of Art. 4 of the ACHR on the right to live a 'vida digna'.⁵⁹

23. If considered from a comparative perspective with the ECtHR, one might easily discover that the ACtHR has occasionally referred to international legal instruments dealing with health care as interpretative tools of Articles 4 and 5, paras. (1) (2) of the ACHR and of Art. 10 of the Protocol of San Salvador. In *Artavia Murillo*, for instance, the ACtHR made some references to the WHO establishing agreement, and incorporated the notion of health that this treaty provides in its legal reasoning.⁶⁰ Moreover,

⁵⁰ IACtHR, *Case of De la Cruz-Flores v. Perú*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 18 November 18, 2004. Series C No. 115, para. 132.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² IACtHR, *Case of Ximenes-Lopes v. Brazil*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 4 July 2006. Series C No. 149.

⁵³ IACtHR, *Case of Vélez Loor v. Panama*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 23 November 2010 Series C No. 218.

⁵⁴ IACtHR *Case of Ver-Vera et al. v Ecuador*, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgement of 19 May 2011. Series C No. 226.

⁵⁵ *Ibid.* para. 79.

⁵⁶ *Ibid.* para. 43.

⁵⁷ IACtHR, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 1 June 2005. Series C No. 125.

⁵⁸ IACtHR, *Case of Albán Cornejo et al. v Ecuador*. Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 22 November 2007, Series C No. 171.

⁵⁹ *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay* (n 57), paras. 166, 167. On this occasion, the IACtHR defined the scope of the right to health by incorporating the 'highest attainable standards of health' contemplated by the UN CESCR General Comment n.14, and provided an interpretation of the right to health, in close connection with the right to food and access to clean water, as a means for preserving indigenous communities' cultural identity and deep relationship with their ancestral lands, in the framework of *vida digna*. By so doing, the Court stated that in this respect 'special detriment to the right to health, and closely tied to this, detriment to the right to food and access to clean water, have a major impact on the right to a decent existence and basic conditions to exercise other human rights, such as the right to education or the right to cultural identity. In the case of indigenous peoples, access to their ancestral lands and to the use and enjoyment of the natural resources found on them is closely linked to obtaining food and access to clean water'.

⁶⁰ IACtHR, *Case of Artavia Murillo et al. (in vitro fertilization) v Costa Rica*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of 28 November 2012, Series C No. 257, para. 148, which incorporated the notion of health enshrined in the Preamble to the Constitution of the World Health Organization as adopted by the International Health Conference, New York, 19-22 June 1946, Official Records of the World Health Organization, no. 2, p. 100.

this was done with the purpose of defining the scope and contents of the rights to personal integrity, personal liberty, and private and family life that were relevant in those cases. More precisely, in *Artavia Murillo*, the Court integrated the scope of the relevant provisions of the ACHR by incorporating the definition of 'reproductive health' embodied in the Conference's Programme of Action.⁶¹ This allowed it in particular to affirm that: 'reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being, and not merely the absence of disease or infirmity – in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes',⁶² as well as to state that: 'the right to reproductive health entails the rights of men and women to be informed and to have free choice of and access to methods to regulate fertility, that are safe, effective, easily accessible and acceptable'.⁶³ Nevertheless, as even a quick glance at the case-law of the IACtHR on health care shows, there are also some notable exceptions to this approach.

24. For instance, one exception to the use of external sources of law for supporting a purposive interpretation of Art. 5 of the ACHR may be found in the above-mentioned *Vera Vera* case relating to the death of Mr. Vera as a result of medical negligence. In its decision on the case, the IACtHR noted that providing appropriate treatment: 'in a timely manner [...] was an obligation of the authorities that had custody over the applicant'.⁶⁴ For this reason, it alleged violation of Art. 5, para. 2 of the ACHR relating to human dignity and personal integrity. Of special interest here is that the IACtHR, however, referred neither to the CESCR General Comment No. 14 dealing with the right to health care as set forth in Art. 12 of the ICESCR⁶⁵ nor to the establishing agreement of the World Health Organization (WHO) that conceptualizes 'health' as a: 'state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity' in its reasoning on the violation of Art. 5 of the ACHR. But in so doing the IACtHR missed a precious opportunity – note that in none of its cases has the IACtHR yet ruled out the possibility that the State might be under a positive obligation to provide palliative care – to hold persuasively in favour of the existence of a human right to palliative care within the framework of the ACHR. The supporting argument of this view is clear if one pays attention to the circumstance that the WHO establishing agreement has considered the provision of palliative care, where appropriate, as part of 'a continuum of health care for all persons'.⁶⁶ Another exception is in *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay* relating to indigenous people's rights.⁶⁷ In this case, too, the Court reached its conclusion without referring to other sources of law (the ACHR) to support its interpretation, but did so exclusively through recourse to its interpretation instruments.

5. Final Remarks

25. Will there ever be a systematic use of the above-named guidelines, general principles and standards on the right to palliative care in the jurisprudence of the ECtHR and of the ACtHR?

26. Our answer must be no, at least for the following reasons. Starting with the ECtHR, this is firstly because this Court only sporadically referred to other international law as supporting evidence

⁶¹ Programme of Action of the International Conference on Population and Development, Cairo, 1994, para. 7.2; UN A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

⁶² *Case of Artavia Murillo et al. (in vitro fertilization) v Costa Rica* (n 60), para. 148.

⁶³ *Ibid.* para. 149.

⁶⁴ *Case of Ver-Vera et al. v Ecuador* (n 54), para. 78.

⁶⁵ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4 <<http://www.refworld.org/docid/4538838d0.html>> accessed 14 January 2016.

⁶⁶ World Health Organization, 'WHO global strategy on people-centred and integrated health services' (WHO, 2015) <<http://www.who.int/servicedeliverysafety/areas/people-centred-care/global-strategy/en/>> accessed 23 January 2016.

⁶⁷ IACtHR, *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 29, 2006. Series C No. 146.

for extending the applicability of the ECtHR's provisions.⁶⁸ This is true, although two good and recent examples of a use of other international law sources by the ECtHR may be found in *Konstantin Markin v. Russia*⁶⁹ and *Evans v. the United Kingdom*.⁷⁰ Here, the ECtHR used respectively the European Social Charter⁷¹ and the European Convention on Human Rights and Biomedicine (also called the Oviedo Convention)⁷² to widen the scope of application of the ECHR provisions. Moreover, the ECtHR's decision on the *Guvec* case, where the Court referred to the international standards enshrined in the CRC for affirming that juvenile prisoners are to be kept separately from adults, also provides an example of the use of other international law sources for interpretative purposes.⁷³ Secondly, another reason for a negative answer to the question may be that the margin of appreciation accorded to Contracting States in the field of health care (including end-of-life care) operates as an obstacle for the Strasbourg Court in referring to other legal sources (including the ICROP, the WHO National Cancer Control Programmes and the Prague Charter for Palliative Care). Thirdly, the above-stated negative answer is indirectly suggested by that the ECtHR's case-law on health care is still far from being well developed. Fourthly and lastly, it is suggested by the above-illustrated difficulties of defining the right to palliative care in a way that is not detached from the experience of the large majority of patients.⁷⁴

27. Consideration of some of these reasons suggests that the same conclusion applies to the IA CtHR. Yet it is in principle difficult to imagine any dramatic changes in the Court of San José's overall approach to international legal standards and general principles on palliative treatments. However, considerations of other reasons like the *pro-homine* interpretation (e.g. the idea that the ACHR shall be interpreted in the way that is most protective of human rights),⁷⁵ the fact that health related issues were often taken into consideration by the ACtHR in its case-law especially in relation to vulnerable categories such as prisoners and indigenous communities, the use of diverse external sources (including soft law sources) in the interpretation and application of the rights guaranteed by the ACHR, a rich jurisprudence on health-care matters under Art. 5, paras. 1 and 2 of the ACHR and, perhaps most importantly, the adoption of the ICROP, suggest that some opportunities exist for a different, less radical and negative attitude by the ACtHR toward the international legal tools that could be of assistance in recognizing protection for the human right to palliative treatments.

⁶⁸ See, for example, *Konstantin Markin v Russia* ECHR 2012-III 1, *Güveç v Turkey* ECHR 2009-I 231 and *Gustafsson v Sweden* ECHR 1996-II 655. F. SEATZU, S. FANNI (n 45).

⁶⁹ Cf. the decision of the European Court of Human Rights: *Konstantin Markin v Russia* (n 68). On the subject, see e.g. F. SEATZU, 'Enhancing a Principled Justificatory Model of Adjudication for the Protection of Human Rights in the Socio-Economic Sphere: The Impact of the European Social Charter on the Case Law of the European Court of Human Rights', in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2016 (on file with the author); V. STARZHENETSKII, 'Assessing Human Rights in Russia: Not to Miss the Forest for the Trees A Response to Preclik, Schönfeld and Hallinan' (2012) 37 (2-3) *Review of Central and East European Law* 349-356.

⁷⁰ *Evans v the United Kingdom* ECHR 2007-I 353.

⁷¹ Council of Europe, European Social Charter, 18 October 1961, ETS 35 <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3784.html>> accessed 15 January 2016.

⁷² Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Convention on Human Rights and Biomedicine or the Oviedo Convention), adopted in Oviedo on 4 April 1997, CETS n. 164, entered into force on 1 December 1999, <http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/01_Oviedo%20Convention/> accessed 23 January 2016.

⁷³ *Güveç v Turkey* ECHR 2009-I 231, para. 83. See F. SEATZU, S. FANNI (n 34) 30.

⁷⁴ Amplius F. SEATZU (n 9).

⁷⁵ See, among others, L. LIXINSKI, 'Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law' (2010) 21 (3) *European Journal of International law* 585-604, who also stresses that this declared 'bias' of the court is another means of advancing interpretation in accordance with the purpose of the treaty. See also a detailed analysis of the pro homine method in A. UBEDA DE TORRES, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, [Democracy and Human Rights in Europe and in America: a Comparative Study in the European and Inter-American Systems of Protection of Human Rights] (Reus 2007) 340 ff.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE

PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND CARRIAGE OF PASSENGER BY ROAD: SOME ISSUES ABOUT JURISDICTION AND APPLICABLE LAW

UNAI BELINTXON MARTIN

*Doctor en Derecho. Investigador UPV/EHU
Prof. Asociado Derecho Internacional Privado, UPNA
Abogado*

Recibido: 09.12.2015 / Aceptado: 16.12.2015

Resumen: Este estudio tiene por objeto el análisis y la valoración crítica de la evolución normativa experimentada en el sector del transporte internacional de viajeros por carretera en el seno de la Unión Europea. El análisis se centra desde una doble perspectiva teórica y práctica, en el estudio de los bloques normativos en presencia, la política común de transportes, la repercusión del Derecho europeo, el inacabado proceso de liberalización, el acceso a la profesión de transportista de viajeros por carretera y la calificación de los tipos de transporte ejecutables en territorio europeo. Desde la perspectiva de análisis de los operadores del sector se abordará en qué medida el objetivo de seguridad jurídica se está logrando o si por el contrario la ausencia de reglas claras de compatibilidad entre esas diversas normas acaban generando incertidumbres que perjudican a todo el elenco de intereses en presencia.

Palabras clave: contrato de transporte de viajeros por carretera, Derecho internacional privado, Derecho europeo, transporte de cabotaje, Derecho aplicable.

Abstract: The aim of this research is to analyze and evaluate the regulations development in the international carriage of passengers by road sector in the European Union. In particular, the research will focus on analyzing the interaction between normative blocks (European Law, national law and the conventional sources), the common transport policy, the impact of European law, the unfinished process of liberalization, the access to profession and the qualification problems of the cabotage transport by road. From the operators sector's point of view, it will tackle that when the aim of the legal security is achieving or on the contrary the absence of the compatibility of the rules between those deserve rules finishes producing doubts that harm all the interests of the present cast.

Keywords: contract for the international carriage of passengers by road, Private international law, European law, cabotage transport, Applicable law.

Sumario: I. Consideraciones preliminares.- II. Evolución jurídica del contrato de transporte internacional de viajeros por carretera. 1. Consideraciones preliminares. 2. Marco jurídico aplicable a nivel interno y a nivel europeo e internacional. 3. Definición de contrato de transporte. A) Los conceptos de remuneración y transportista profesional. B) Elementos esenciales del contrato de transporte internacional de viajeros por carretera. 4. El Convenio CVR de 1973.- III. Derecho europeo y transporte de viajeros por carretera. 1. Consideraciones preliminares. 2. Competencia judicial internacional y transporte de viajeros por carretera en la UE. 3. Transporte de viajeros por carretera en la UE: Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento 1073/2009. - IV. Conclusiones finales.

I. Consideraciones preliminares

1. El Derecho del transporte es una pieza esencial en el progreso del comercio internacional y en el desarrollo de la libertad de circulación en el actual sistema de mercado internacional, economía globalizada, comercial y trasnacional. Sin duda, el transporte de personas y mercancías es la operación económica más necesaria e imprescindible de todas dado que cualquier actividad humana requiere, antes o después, de un desplazamiento¹.

2. Abordar el estudio del singular sector del Derecho del transporte de viajeros por carretera, requiere de un pormenorizado análisis que permita identificar el complejo andamiaje normativo en vigor, y valorar a su vez, desde un enfoque pluridisciplinar las distintas cuestiones jurídicamente relevantes y controvertidas que se encuentran presentes, y que además revelan una importante incidencia práctica, en el efectivo ejercicio de la actividad de transportista de viajeros por carretera.

3. El marco jurídico/legal aplicable al transporte de viajeros por carretera en la UE requiere un examen en profundidad, con el claro propósito de analizar de qué manera pueden proyectarse sobre el ámbito internacional las problemáticas específicas que afloran en el sector del Derecho del transporte de viajeros por carretera europeo e internacional derivadas de la permanente interacción de los distintos bloques normativos en presencia (europeo, estatal e internacional).

4. Debido a la pluralidad de aproximaciones que el Derecho del transporte de viajeros por carretera admite en lo pertinente a su objeto de estudio², debe siempre abordarse una imprescindible tarea delimitadora previa que advierta la vertiente de Derecho privado correspondiente a nuestra disciplina, sin descuidar otras que indisponiblemente tendrán que ser acometidas con la finalidad de facilitar una respuesta analítica acorde con las características propias del Derecho internacional privado actual, caracterizado por la riqueza cuantitativa y cualitativa de supuestos del tráfico privado externo y por una sugerente especialización por sectores³.

5. El desarrollo del transporte internacional de viajeros por carretera viene marcado por numerosos avances tecnológicos y jurídicos que han permitido mejores vehículos, mayores infraestructuras viarias y una progresiva e importante evolución normativa. Dichas mejoras han hecho realidad los desplazamientos de personas, y han ofrecido una clara respuesta a los deseos intrínsecos de movilidad consustanciales al ser humano más allá de las fronteras de un Estado. Estas reflexiones procuran incidir en algunas de las cuestiones más controvertidas del Derecho europeo del transporte de viajeros por carretera y con mayor impacto sobre la realidad práctica de este especial y complejo sector del comercio internacional.

6. El auge de este tipo de desplazamientos transfronterizos evidenció tempranamente la necesidad de regular de manera global una actividad de inherentes características internacionales, requiriendo una respuesta armonizada para Europa más allá de las leyes internas de cada Estado. Normas nacionales que en la actualidad requieren del Derecho europeo e internacional para gestionar supuestos en los que afloran elementos internacionales.

¹ En este sentido y entre otros puede verse: L.M. PIÑOLETA ALONSO, “El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido”, en P. MENÉNDEZ GARCÍA (Dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, t. II, p. 856; L. JOSSERAND, *Les Transports en service intérieur et en service international*, 2^a ed., París, 1926, p. 1.

² Sobre este particular: C. LEGROS, “Contrat de transport international par route de marchandises et de voyageurs”, en *Juris régles. Clas.dr:int*, Fasc. 571-66, 25 abril 2012, pp. 13 y ss.

³ En este aspecto es clave la reflexión de: J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé”, en *RdesC*, t. 287, 2002, pp. 156 y ss. Véase de igual forma J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

7. En efecto, el Derecho del transporte es por antonomasia un sector revestido de un claro carácter de internacionalidad y con una nítida propensión en dirección a la homogeneidad normativa internacional acotada hoy por la europeización del Derecho privado iniciada con el Tratado de Ámsterdam⁴, consolidada y reforzada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, así como la proyección o dimensión externa de este proceso⁵, que refleja inequívocamente una problemática específica en territorio europeo/comunitario debido a la coexistencia en el sector de bloques normativos notoriamente diferenciados (interno, europeo e internacional)⁶.

8. Dicha pluralidad de fuentes normativas coexistentes debe permitir al legislador nacional y europeo explorar nuevas alternativas de elaboración normativa en un ejercicio de prospección futura que permita simplificar la compleja tarea que implica tratar de coordinar el esfuerzo codificador en este singular sector del Derecho del transporte de viajeros por carretera⁷. Así, es necesario subrayar que el progresivo y constante aumento de los transportes y desplazamientos de personas transfronterizos reveló tempranamente un deseo intrínseco de las instituciones europeas por rescatar y asumir competencias como la concerniente al transporte por carretera no desarrolladas por una actitud de inacción legislativa excesivamente dilatada en el tiempo⁸.

9. La citada coexistencia de bloques normativos diferenciados que presenta el marco jurídico aplicable al transporte de viajeros por carretera en la UE pretende, mediante la uniformidad de tratamiento de una situación semejante en el ámbito de varios ordenamientos jurídicos divergentes, favorecer un resultado jurídico final que esté suficientemente consolidado y garantice el objetivo de previsibilidad necesario para aportar suficientes porciones de seguridad jurídica a las partes de la relación contractual de transportar⁹.

10. Desde luego, es coherente por parte de la UE reclamar mayores facultades en materia de transporte, sin embargo existe una manifiesta negativa de los Estados miembros a ceder mayor competencia en un sector clave que demanda una política común de transportes efectiva y definitiva que permita garantizar la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, sin discriminación por razón de la nacionalidad de aquellos transportistas no nacionales pero sí residentes en un Estado miembro de la UE, situación que debe ser superada para favorecer una libre prestación de servicios en el sector del transporte de viajeros por carretera¹⁰.

11. Es necesario ser conscientes de que la evolución de una política común de transportes en la UE queda en la actualidad condicionada a dos premisas recogidas en el Tratado de Funcionamiento de

⁴ Sobre este particular vid. A.L CALVO CARAVACA “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 21, 2003, pp. 49-69.

⁵ Véase A. BORRÁS, “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2002, pp. 285-318; M. GUZMÁN ZAPATER, “Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, en *La Ley*, nº 7479, 2010, pp.713 y ss.

⁶ En este sentido vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, en *RES*, nº 140, 2009, pp. 600 y ss.

⁷ Sobre la diversidad de fuentes y la tendencia actual hacia la armonización de las normas europeas aplicables al sector del Derecho del transporte, véase entre otros: I. BON GARCIN, M. BERNADET E Y. REINHARD, en *Droit des transports*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 2 y ss.

⁸ Entre otros: U. BELINTXON MARTÍN, “La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional por carretera: divergencias y efecto distorsionador”, en M.V. PETIT LAVALL, F. MARTÍNEZ SANZ, A. RECALDE CASTELLS, (Dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

⁹ En relación a la europeización del Derecho privado y la evolución jurídica en el espacio europeo del Derecho internacional hacia la integración, puede verse el estudio: P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, en *RDCE*, vol. 2, 1997, pp. 413-445.

¹⁰ Sobre la necesaria y progresiva liberalización de la prestación de servicios por carretera: P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Transporte terrestre de mercancías y viajeros por carretera, en *Derecho de la Regulación Económica: VI. Transportes*, 1^a edición, Madrid, Iustel, 2009, pp. 81 y ss; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Los transportes por carretera y competencia: Transportes y Competencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 423 y ss.

la Unión Europea (TFUE). En primer lugar, el espacio de libertad, seguridad y justicia. Y en segundo lugar, la real y efectiva garantía a la libre circulación de personas, servicios, mercancías, capitales, y a la libertad de establecimiento¹¹.

12. La histórica inacción o atonía normativa de la UE en ciertos sectores privados, entre los que es necesario englobar el transporte internacional de viajeros por carretera, regulado mediante mecanismos jurídicos indirectos pese al fallido intento de la UNECE en el año 1973 de dotar a este particular sector comercial de un Convenio internacional sobre el contrato de transporte internacional de pasajeros por carretera (CVR)¹², requiere ser superada para favorecer un ejercicio efectivo de las competencias de la UE.

13. En efecto, debe valorarse la importancia del transporte internacional de viajeros por carretera, y a su vez que tales reflexiones sirvan a modo de prospección jurídica para poder apreciar el escenario futuro que podría materializarse en este ámbito del Derecho privado generado en el seno de la UE. Un escenario normativo que progresa a desiguales velocidades según se trate de la vertiente de armonización conflictual (mucho más avanzada) o de la material, que origina dificultades adicionales, debido a la complejidad que conlleva la obtención de un acuerdo en torno a normas que sustituyan o reemplacen las existentes en cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales.

14. Desde luego, la actual composición del mercado de transporte requiere inaplazablemente tanto para su esfera internacional como para la estrictamente europea una completa transformación hacia un sistema jurídico dispositivo en el cual las relaciones contractuales privadas queden al arbitrio de lo que las partes interesadas decidan acordar, reduciendo exponencialmente la intervención y el control administrativo. En los últimos años están presentándose sucesivas reformas normativas nacionales que pretenden situar la moderna disciplina privatista del transporte en un escenario desregulador que afecta al Derecho europeo y a los Estados miembros de la UE¹³.

15. El contrato de transporte internacional de viajeros por carretera queda englobado en un amplio concepto de contratación internacional que prospera unido al progreso económico, político y social. De esta manera, a pesar de que a corto plazo no cabe entrever la desaparición de las particularidades concretas de los Derechos contractuales nacionales en este modelo de integración europeo, esto no es de ninguna manera incompatible con la elaboración de determinadas aproximaciones conforme el propio mercado, o ciertos sectores concretos, lo requieran. La doctrina aboga de esta suerte por considerar la unificación conflictual como una fase decisiva hacia la europeización del Derecho de los contratos, que tal vez acabe por culminar en una armonización material especial por sectores que afecte a este importante sector del transporte de viajeros por carretera.

II. Evolución jurídica del contrato de transporte internacional de viajeros por carretera

1. Consideraciones preliminares

16. Como apuntábamos anteriormente, el desarrollo del transporte internacional de viajeros por carretera viene marcado por innumerables avances tecnológicos y jurídicos que han permitido mejores vehículos (tacógrafo digital, sistema de navegación GPS, sistemas de seguridad), mayores infraestructuras viarias (autovías, autopistas, mejores carreteras convencionales) y una progresiva evolución normativa. Estas mejoras han posibilitado ofertar y ejecutar desplazamientos de personas más allá de las fronteras de un Estado. El auge de este tipo de desplazamientos de carácter transfronterizo viene

¹¹ U. BELINTXON MARTÍN, *op. cit.*, nota 8, pp. 20-24.

¹² Convention on the contract for the international carriage of passengers and luggage by road (CVR). Ginebra, 1 de marzo de 1973. Recuperado de www.unece.org.

¹³ Puede verse en este aspecto: C. AGOUÉS MENDIZABAL, “La intervención administrativa en el transporte por carretera”, en *RDT*, nº 7, 2011, pp. 51-59.

a evidenciar, tal y como advertimos, la necesidad de normativizar de forma global una actividad que originariamente ostentaba un carácter meramente nacional para convertirse en una actividad puramente internacional, y que a pesar de estar acotada en su prestación por unos límites geográficos naturales determinados, exige una respuesta normativa armonizada que supere la ofrecida por las leyes internas de cada Estado concreto.

2. Marco Jurídico aplicable a nivel interno y a nivel europeo e internacional

17. El contrato de transporte de viajeros por carretera tanto en su modalidad interna como internacional ha carecido históricamente de una regulación propia. Esta ausencia de regulación normativa de carácter sustantivo ha promovido una dependencia directa de las normas aplicables al sector del transporte de mercancías por carretera. Laguna normativa que ha concedido de igual forma un excesivo protagonismo a las normas dirigidas a la ordenación administrativa del sector del transporte por carretera.

18. El sistema normativo regulador del contrato de transporte nacional e internacional de viajeros por carretera en nuestro ordenamiento jurídico ha quedado recogido en diversas normas: Código Civil, Código de Comercio (arts. 349-379 derogados expresamente por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías), Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (modificada mediante la Ley 9/2013, de 4 de julio), el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, y las Leyes de las Comunidades autónomas referentes al transporte de viajeros por carretera (como por ejemplo la Ley 4/2004 de 18 de marzo, de Transporte de Viajeros por Carretera del Parlamento Vasco).

19. Además no debe obviarse que el sistema normativo regulador de los contratos de transporte internacional de viajeros por carretera para el marco europeo queda integrado mediante el Derecho europeo en materia de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera por el Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre de 2007¹⁴, en materia de derechos de los viajeros de autobús y autocar por el Reglamento 181/2011, de 16 de febrero de 2011¹⁵, en materia de certificados de conductor por el Reglamento 484/2002, de 1 de marzo de 2002¹⁶, en materia de transporte discrecional internacional de viajeros en autocar y autobús por el Convenio sobre el transporte discrecional internacional de los viajeros en autocar y autobús, de 3 de octubre de 2002¹⁷, en materia de armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera por el Reglamento 561/2006, de 15 de marzo de 2006¹⁸, en materia de condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera por el Reglamento 1071/2009, de 21 de octubre de 2009¹⁹, en materia de normas de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses por el Regla-

¹⁴ Reglamento (CE) nº 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 y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo. (DOUE, de 3 de diciembre de 2007 L 315/1).

¹⁵ Reglamento (UE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004. (DOUE, de 28 de febrero de 2011 L 55/1).

¹⁶ Reglamento (CE) nº 484/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2002, por el que se modifican los Reglamentos (CEE) nº 881/92 y (CEE) nº 3118/93 del Consejo, con objeto de establecer un certificado de conductor. (DOUE, de 19 de marzo de 2002 L 76/1).

¹⁷ Decisión del Consejo de 3 de octubre de 2002 relativa a la celebración del Acuerdo Interbus sobre el transporte discrecional internacional de viajeros en autocar y autobús (2002/917/CE). (DOUE, de 26 de noviembre de 2002 L 321/11).

¹⁸ Reglamento (CE) nº 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) nº 3821/85 y (CE) nº 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) nº 3820/85 del Consejo. (DOUE, de 11 de abril de 2006 L 102/1).

¹⁹ Reglamento (CE) nº 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo. (DOUE, de 14 de noviembre de 2009 L 300/51).

mento 1073/2009, de 21 de octubre de 2009²⁰, en materia de competencia judicial internacional por el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012²¹, y en materia de determinación de ley aplicable por el Reglamento 593/2008 de 17 de junio²².

20. Normas todas ellas aplicables al transporte de viajeros por carretera en la UE debido a la complejidad de los distintos servicios y las diferentes modalidades de prestación de servicios de transporte de viajeros por carretera: transportes regulares de uso general (líneas regulares urbanas, interurbanas, nacionales e internacionales); transportes regulares de uso especial –con reiteración de itinerario- (mediante licitación administrativa y/o concurso público -tales como transportes escolares a centros de enseñanza públicos y/o desplazamientos de funcionarios de la administración a sus centros de trabajo-, e/o incluso mediante contrato privado – transporte reiterado de operarios a fábrica o lugar de trabajo, transportes a centros escolares privados y/o concertados); y transportes discrecionales nacionales, internacionales y de cabotaje.

21. En efecto, podemos subrayar que el nuevo Tratado de Lisboa aporta una capacidad potencialmente ampliada en relación a la actuación de la UE tanto en su proyección exterior como interior que también se proyecta sobre el particular sector del transporte como consecuencia de su calificación como competencia compartida según lo dispuesto en el artículo 4.2.g del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3. Definición de contrato de transporte

22. Nuestro ordenamiento jurídico no contiene en puridad una definición del contrato de transporte internacional de viajeros por carretera. No obstante esto no ha supuesto un inconveniente en la práctica real pudiendo definirse el contrato de transporte de viajeros/personas como aquel por el cual el transportista se obliga frente al viajero a trasladarle de un destino a otro, junto a su equipaje, en un vehículo acondicionado al efecto, sin daño ni menoscabo de su integridad física ni la de su equipaje, a cambio de un precio²³. A lo que cabrá añadir el elemento de internacionalidad que supone que el lugar de origen donde se inició el transporte y el lugar de destino se encuentren en dos países diferentes.

23. En efecto, el transportista asume dos tipos de obligaciones, una de medios y otra de resultado, es decir, que queda obligado no solo a transportar al viajero del lugar de origen al lugar de destino poniendo a su disposición un vehículo (autobús, autocar, coche, microbús) en óptimas condiciones, sino que además, quedaría obligado a realizar dicho transporte sin ocasionar daño ni menoscabo a la integridad física del viajero ni a su equipaje.

24. De esta definición se excluye el denominado transporte internacional por cuenta propia, que sin duda alguna será un transporte internacional en esencia, pero ausente de onerosidad. En definitiva, la doctrina ha definido mayoritariamente el contrato de transporte como un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, no formal, oneroso, y de resultado²⁴.

²⁰ Reglamento (CE) nº 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006. (DOUE, de 14 de noviembre de 2009 L 300/88).

²¹ 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, de 20 de diciembre de 2012 L 351/1).

²² Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). (DOUE, de 4 de julio de 2008 L 177/6).

²³ Sobre el contrato de transporte, su concepto y caracteres, entre otros pueden verse: Para viajeros: L. M. PIÑOLETA ALONSO, *op. cit.*, nota 1, p. 857. Para mercancías: C. GÓRRIZ LÓPEZ, *El contrato de transporte terrestre de mercancías*, en PABLO MENÉNDEZ (Dir.) *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, Thomson-Reuters Aranzadi, Tomo II, 2014, pp. 709-715.

²⁴ En tal sentido: J.C SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU Y M^a TERESA HUALDE MANSO, *El contrato de transporte*, en E. RUBIO TORRANO Y J.C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (Dir.), *Lecciones de Contratación Civil y Mercantil*, Cizur Menor (Navarra) , Thomson- Reuters Aranzadi, 2012, pp. 430-455.

a) Los conceptos de remuneración y transportista profesional

25. La remuneración a cambio de la realización del transporte es una de las condiciones esenciales en un contrato mercantil de transporte de personas que participa de la naturaleza jurídica propia de los contratos de obra. El concepto de precio o remuneración a cambio de la realización del transporte, junto a la disposición por parte del titular de la actividad de medios (vehículos, conductores profesionales, acompañantes/cuidadores) e infraestructuras (nave o pabellón industrial, oficinas) adecuados para el desarrollo efectivo de la actividad de transportar, es precisamente lo que permite calificar y reconocer el carácter profesional y mercantil de este tipo de contratos. Sin duda, el cúmulo de estas condiciones y características permite distinguir el transporte civil del transporte mercantil y justifica el mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación autónoma de cada tipo.

26. En efecto, la profesionalidad del transportista es esencialmente lo que permite identificar y calificar al contrato de transporte como civil o mercantil. No obstante, no es menos cierto que un transporte de viajeros por carretera puede ser ejecutado por un particular. Dicho esto, es necesario subrayar que el Derecho europeo ha diseñado un marco jurídico riguroso aplicable al acceso a la profesión de transportista de viajeros por carretera.

27. El Derecho de la UE ha impuesto a todo transportista europeo unas condiciones de acceso al mercado de transporte internacional de viajeros por carretera, que tienen de igual forma su reflejo práctico sobre el transporte nacional²⁵. Los Reglamentos 1071 y 1073 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 establecen, por un lado, las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para ejercer la profesión de transportista por carretera, y por otro lado, las normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses. Los Reglamentos 1071 y 1073 vienen a exigir para ejercer la profesión de transportista por carretera la obtención de una autorización habilitante para su ejercicio, además de una licencia comunitaria europea tras corroborarse que se cumplen con una serie de requisitos técnicos, administrativos y jurídicos.

28. El Reglamento 1071/2009 requiere el cumplimiento de unas serie de requisitos para la obtención de los títulos habilitantes y de la licencia comunitaria tal y como advierte en su artículo 3 al recoger que,

“1. Las empresas que ejercen la profesión de transportista por carretera deberán: a) tener un establecimiento efectivo y fijo en un Estado miembro; b) gozar de honorabilidad; c) poseer capacidad financiera apropiada; y d) tener la competencia profesional requerida. 2) Los Estados miembros podrán imponer requisitos adicionales, los cuales serán proporcionados y no discriminatorios, que las empresas deberán cumplir para ejercer la profesión de transportista por carretera.”

29. En cuanto al Reglamento 1073 impone a todo transportista de viajeros por carretera europeo unas condiciones de acceso al mercado de transporte internacional de los servicios de autocar y autobuses. En su artículo 4, bajo la rúbrica del capítulo titulado como “Licencia comunitaria y acceso al mercado”, se recoge la exigencia de estar en posesión de una licencia comunitaria para poder efectuar transportes de viajeros internacionales. Como advertimos, la posesión de tal licencia comunitaria está supeditada al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos por la normativa europea, y la legislación nacional del Estado miembro del cual es nacional el transportista y en el cual deberá tener matriculados sus vehículos.

30. El artículo 4 del Reglamento europeo regulador del acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses dispone en sus epígrafes 1 y 4 que,

²⁵ Respecto a la noción de transportista puede verse entre otros: A. EMPARANZA SOBEJANO, “La delimitación de la figura de porteador en el transporte terrestre”, en *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 93 y ss.

“1. La realización de transportes internacionales de viajeros con autocares y autobuses estará supeditada a la posesión de una licencia comunitaria expedida por las autoridades competentes del Estado miembro de establecimiento.”

“4. La licencia comunitaria se expedirá por un período de hasta diez años renovable.”

31. En definitiva, tal previsión del Derecho europeo supedita el acceso al mercado de transporte de autocares y autobuses a una serie de requisitos que reducen exponencialmente el intrusismo en la profesión, que no los transportes por cuenta propia, aunque cada vez sea más inusual esta modalidad de transportar (nos referimos a aquella empresa que dispone de vehículos para transportar a sus operarios a fábrica, y a la que por falta de profesionalidad y dedicación diaria a la actividad del transporte, le produce, cada vez más, cierta sensación de inseguridad el desconocimiento del complejo andamiaje normativo existente en la actualidad).

b) Elementos esenciales del contrato de transporte internacional de viajeros por carretera.

32. En este sentido, son dos los elementos esenciales que permiten identificar un contrato de transporte de viajeros por carretera como internacional. En primer lugar, la onerosidad, quedando excluidos en consecuencia los transportes internacionales por cuenta propia que tienen un carácter gratuito. Y en segundo lugar, es necesario que el lugar de partida y el lugar de destino estén ubicados en dos países distintos, o por lo menos que así conste en la hoja de ruta (para los países de la UE) o documento similar (para terceros países), o para el caso de que exista, en el propio contrato escrito.

4. El Convenio CVR de 1973.

33. El CVR constituye un intento fallido por parte de la UNECE de dotar a Europa de un instrumento legal que ofreciese una respuesta armonizada, fácilmente accesible y previsible a las acciones que rodean un contrato de transporte de viajeros por carretera realizado a título oneroso, cuando el lugar de partida y el lugar de destino están situados en dos países distintos. La experiencia previa y el éxito del Convenio CMR de 1956 sobre el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, animó a la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas a desarrollar, en similares términos, un Convenio internacional para regular el sector de pasajeros por carretera. Una norma que finalmente no contribuyó a normativizar y armonizar criterios en las relaciones contractuales de transporte internacional de viajeros por carretera para la mayor parte de los países que forman hoy la UE, entre ellos España, debido a las escasas ratificaciones que obtuvo.

34. Una norma internacional que normativiza de forma sugerente los aspectos más trascendentales a regular en una relación contractual de transporte internacional de viajeros por carretera. El Convenio recoge un ámbito objetivo de aplicación extenso, con la amplitud suficiente como para abarcar el máximo número de transportes de pasajeros por carretera posible. Desde luego, en comparación con otros textos internacionales vigentes en materia de transporte, el Convenio CVR se asemeja al Convenio CMR, y reúne en la definición sobre su ámbito de aplicación cierta particularidad.

35. Nos referimos concretamente a que para que sus disposiciones puedan ser de aplicación al supuesto concreto no es necesario que las diferentes localizaciones del transporte internacional, lugar de recogida de los viajeros y destino, estén ambas situadas en países parte del Convenio internacional. Es decir, como requisito para su aplicación tan solo es exigible que uno de los países de alguna de las dos localizaciones sea Estado parte del Convenio. Dicha especialidad es precisamente la que permite que la delimitación del ámbito objetivo de aplicación tenga una extensión cuanto menos sugerente.

36. El artículo 1.1 del CVR fija el ámbito de aplicación del Convenio atendiendo a la materia regulada y a la localización del lugar de salida y destino de los viajeros transportados, estableciendo que queda sometido a él todo contrato de transporte de viajeros por carretera realizado a título oneroso por

medio de vehículos, siempre que el lugar de inicio del transporte y el lugar previsto de destino, indicados en el contrato, estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato²⁶.

37. El texto advierte una estructura muy similar a la del Convenio CMR²⁷, con sendos capítulos dedicados al documento de transporte (el ticket o billete - arts. 5,6 y 7), al equipaje (arts. 8, 9 y 10), a la activación del sistema de responsabilidad del transportista y las causas de exoneración (daños físicos en las personas, daño en los equipajes, conducta negligente de los viajeros - arts.11 a 20), un capítulo quinto dedicado a las reclamaciones y acciones que alberga en su artículo 21 la posibilidad de que las partes suscriban un acuerdo atributivo de jurisdicción, además de recoger en ausencia de tal acuerdo una serie de foros objetivos alternativos cerrados, y todo ello para finalizar con dos capítulos dedicados a la nulidad de toda estipulación contraria al Convenio, y unas provisiones finales.

38. Desde luego, la firma y ratificación de este Convenio por todos los Estados miembros de la UE hubiese contribuido a que el contrato de transporte internacional de viajeros por carretera gozase hoy de cierta uniformidad normativa, en similares términos a la conseguida para el contrato del transporte internacional de mercancías por carretera mediante el Convenio CMR de 1956.

III. Derecho europeo y transporte de viajeros por carretera

1. Consideraciones preliminares

39. El tráfico internacional de viajeros por carretera se desarrolla para el operador nacional básicamente en el continente europeo, y dentro de esta situación geográfica en territorio de la UE. Fruto de la explotación de la actividad del transporte de viajeros por carretera fuera de los limitados márgenes nacionales, nos encontramos con una maraña normativa compuesta esencialmente de reglas jurídicas europeas y nacionales de origen muy diverso.

40. Ante dicha realidad, al transportista nacional e internacional de viajeros por carretera le resulta indispensable conocer cuál es el marco normativo aplicable al contrato de transporte de viajeros que debe ejecutar, para el caso de que surja cualquier tipo de controversia. Téngase en cuenta, que el ámbito del contrato de transporte internacional de viajeros por carretera no goza de uniformidad jurídica material. Esto presenta una problemática en territorio europeo debido a la coexistencia en el sector de bloques normativos diferenciados, que regulan intereses coincidentes desde perspectivas contrapuestas (en referencia al Derecho público y privado) buscando garantizar cierta uniformidad de tratamiento, y un resultado consolidado para una situación, como indicamos, que se presenta idéntica en varios ordenamientos jurídicos divergentes.

²⁶ El artículo 1.1 del CVR dispone que: *This Convention shall apply to every contract for the carriage of passengers, and, where appropriate, of their luggage in vehicles by road when the contract provides that the carriage shall take place in the territory of more than one State and that the place of departure or the place of destination, or both these places, shall be situated on the territory of a Contracting State, irrespective of the place of residence and the nationality of the Parties.*

²⁷ Entre otros, sobre el CMR, su estructura y funcionamiento pueden verse los exhaustivos estudios de: C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, D. J JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, Y C. MARTÍNEZ, "El contrato internacional de transporte de mercancías por carretera (CMR)", en M. YZQUIERDO TOLSADA, J.M. ALMUDÍ CID, Y M.A. MARTÍNEZ LAGO (coord.) *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, Vol. XVII, Los contratos internacionales II, pp. 339-400, donde los autores tratan de manera detallada y acertada los presupuestos más transversales del CMR (ámbito de aplicación material, elementos característicos del contrato, sistema de responsabilidad del porteador, y reclamaciones y acciones); U. BELINTXON MARTÍN, *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015, pp. 41-183, donde se dedica entre otras cuestiones a analizar el ámbito de aplicación del CMR, el sistema de responsabilidad del porteador, y los artículos 31 y 33 del CMR sobre competencia judicial internacional y arbitraje.

2. Competencia judicial internacional y transporte de viajeros por carretera en la UE

41. Ante la ausencia de un Convenio internacional aplicable al contrato de transporte de viajeros por carretera en materia de competencia judicial internacional en la UE, es preciso realizar mención al Reglamento 1215/2012 (RBI bis) sobre competencia judicial internacional, y analizar las normas de competencia jurisdiccional aplicables al transporte de viajeros por carretera.

42. El RBI bis contiene entre sus preceptos, normas sobre competencia judicial internacional en materia de prestación de servicios, dentro de la sección 2 titulada como competencias especiales. En concreto, el artículo 7.1 queda dividido en una regla general y dos vertientes contractuales específicas, por un lado la compraventa de mercaderías, y por otro la nombrada prestación de servicios²⁸.

43. De esta manera, el artículo 7.1 del Reglamento dispone que, “*Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: I) a) en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda; b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:- cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías;- cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios*”.

44. Dicho esto, nuestro análisis se centrará precisamente en el segundo párrafo del artículo 7.1.b relativo a la prestación de servicios²⁹, un término amplio que deberá interpretarse de manera autónoma y que abarca los contratos que generan tanto obligaciones de medios como de resultado³⁰. Concepto en el que cabrá incluir el contrato de transporte de viajeros por carretera, tal y como se puede inferir del pronunciamiento del TJUE en sentencia de 9 de julio de 2009, asunto.c-204/08 (Peter Rehder contra Air baltic)³¹.

45. El valor doctrinal de la citada decisión radica en dos cuestiones de notable importancia. En primer lugar identifica los servicios cuya prestación es necesaria para cumplir con las obligaciones de un contrato de transporte de viajeros, y en segundo lugar, precisa de manera muy apropiada cuales deben identificarse como lugares de prestación principal de un servicio de transporte internacional de viajeros aéreo (perfectamente extrapolable al sector del transporte de viajeros por carretera).

46. Un pronunciamiento que alberga por un lado mediante su apartado 40 lo relativo a la identificación de los servicios cuya prestación es necesaria en materia de transporte de viajeros/personas al disponer que,

“Los servicios cuya prestación es necesaria para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de transporte aéreo de personas son, en efecto, el registro y el embarque de pasajeros así como la acogida de éstos a bordo del avión en el lugar de despegue pactado en el contrato de transporte, la salida del aparato a la hora prevista, el transporte de pasajeros y de sus equipajes desde el lugar de partida hasta

²⁸ Sobre el artículo 5 del RBI (actual artículo 7 del RBI bis) puede verse entre otras las consideraciones expuestas por, M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional: Litigación internacional*, 2º Edición, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 141-158.

²⁹ En relación al artículo 5.1.b del RBI sobre los contratos de prestación de servicios y su delimitación (actual artículo 7.1.b del RBI bis) pueden verse las reflexiones realizadas por el profesor P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (Coords.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, Liber Amicorum Alegria Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 291-307.

³⁰ Sobre la calificación de noción económica del contrato de prestación de servicios empleada por el artículo 5.1.b R.44/2001 (Hoy 7.1.b R.1215/2012) y el objeto principal de este tipo de contratos que comprenden y generan tanto una obligación de medios, como una obligación de resultado, pueden verse la consideraciones realizadas por los profesores A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales (I): Competencia judicial y Ley aplicable*, en la obra Derecho del Comercio Internacional, Madrid, Colex, 2012, pp. 493-497.

³¹ STJUE de 9 de julio de 2009. TJCE/2009/219. Recuperado de Westlaw Aranzadi.

el lugar de llegada, la atención a los pasajeros durante el vuelo y, finalmente, el desembarque de éstos en condiciones de seguridad en el lugar de aterrizaje y a la hora convenida en el citado contrato. Desde este punto de vista, las posibles escalas del aparato tampoco presentan un vínculo suficiente con los servicios esenciales derivados del citado contrato.”

47. Por otro lado, y en relación al significado del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios, el tribunal facilita una interpretación integradora del término prestación característica al determinar mediante sus apartados 41, 43 y 44 lo siguiente,

“(...) Pues bien, los únicos lugares que presentan un vínculo directo con los citados servicios prestados en cumplimiento de las obligaciones derivadas del objeto del contrato son los de partida y llegada del avión, debiendo precisarse que los términos «lugares de partida y de llegada» son los convenidos en el contrato de transporte celebrado con una única compañía aérea que es el transportista efectivo.”

“(..) En tales circunstancias, debe considerarse, por la misma razón, que tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión son los lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de un contrato de transporte aéreo”.

“(...) Cada uno de estos dos lugares presenta un vínculo suficiente de proximidad con los elementos materiales del litigio y, por lo tanto, determina la conexión estrecha que pretenden establecer las reglas de competencia especial contenidas en el artículo 5, punto 1, del Reglamento núm. 44/2001 (LCEur 2001, 84), entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente. Por lo tanto, el demandante que solicita una compensación basada en el Reglamento núm. 261/2004 (LCEur 2004, 637) puede ejercitar su acción contra el demandado, a su elección, ante el tribunal en cuya jurisdicción se halle uno de dichos lugares, con arreglo al artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento núm. 44/2001.”

48. En efecto, tal y como hemos señalado, ante una controversia en materia de transporte internacional de viajeros por carretera, siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación del RBI bis, el demandante podrá interponer acción ante el tribunal del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan o deban ser prestados los servicios de transporte. Es decir, el demandante podrá interponer la acción ante el lugar de origen o el lugar de destino del transporte internacional de viajeros por carretera, sin descuidar, la confluencia característica de dichos foros especiales por razón de la materia y el foro general del domicilio del demandado que también podrá ser escogido por el actor³².

49. La justificación del foro general advertido radica en la garantía que ofrece para los derechos de defensa del demandado y la efectividad de la futura resolución judicial. Junto al referido foro general el RBI bis establece tal y como adelantamos una serie de foros alternativos, a elección del demandante, configurados como foros de ataque, al abrir posibilidades suplementarias por razón de la materia al actor en atención a criterios inherentes a cada relación contractual controvertida y conforme a factores de proximidad al objeto litigioso (los mencionados lugar de origen y destino del transporte internacional)³³. Sin duda, una combinación de criterios de características personales y territoriales, recurriendo a principios de atribución neutros, junto a técnicas de protección de la parte más débil de la relación contractual, situación que en el sector del transporte de viajeros por carretera en muchas ocasiones no es sencilla de determinar.

50. Queda así descartada la aplicación de los foros de competencia judicial internacional denominados de protección contenidos en los artículos 17 a 19 del RBI bis, relativos a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, para los contratos de transporte de viajeros por carretera tal y como consta de forma expresa en el artículo 17.3³⁴.

³² Véase en relación con el foro general del domicilio del demandado, las consideraciones realizadas por J.L. IRIARTE ÁNGEL al tratar el contrato de embarque internacional en su obra: *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Beramar S.L., 1993, pp. 100 y ss; Del mismo modo obsérvense los artículos 4.1 y 5.1 del RBI bis (artículos 2.1 y 3.1 del antiguo RBI).

³³ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado: algunos problemas básicos*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 53-55.

³⁴ Puede verse en similares términos lo dispuesto sobre el contrato de transporte aéreo de pasajeros por A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El Contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable”, en *Cuad.Der.Trans.*, Marzo 2011, vol. 3, nº 1, pp. 179-194.

51. Un artículo 17.3 que viene a disponer que,

“3. La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento.”

52. En efecto, la única excepción que se contempla en dicho precepto es la del viaje combinado, es decir aquellos casos en los que se ofrece una combinación de transporte y alojamiento mediante un precio unitario³⁵. En tal caso serían de aplicación los foros de protección contenidos en el artículo 18. Esto, desde luego, no obsta para que el viajero o pasajero que contrata un transporte para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional sea considerado como consumidor según la definición recogida en el propio artículo 17.1 del RBI bis que viene a establecer lo siguiente,

“1. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 y en el artículo 7, punto 5 [...]”

3. Transporte internacional de viajeros por carretera en la UE: Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y Reglamento 1073/2009.

53. En materia de ley aplicable al transporte internacional de viajeros por carretera la primera referencia debe realizarse al Reglamento Roma I, que sustituye al antiguo Convenio de Roma de 1980³⁶, y que en ausencia de Convenio internacional aplicable entra en juego para regular los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales³⁷. La inaplicación de las normas contenidas en el Reglamento Roma I cuando existe Convenio internacional en vigor queda recogida en su artículo 25 al concretar que,

“1) El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales.”

54. Como puede apreciarse, esta disposición garantiza la aplicación de las normas contenidas en los convenios internacionales especiales elaboradas particularmente para un sector determinado de la contratación internacional, como pudiera ser el Convenio CMR para el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Una regla que ostenta un carácter más riguroso que la contenida en el artículo 21 del Convenio de Roma de 1980, que señalaba tanto a normas convencionales internacionales que ya formasen parte del ordenamiento de los Estados como a aquellas otras que en un futuro pudiesen ser ratificadas por dichos Estados, permitiendo de esta manera un marco mucho más abierto que el delimitado de forma temporal por la redacción del Reglamento Roma I³⁸.

55. En efecto, el Reglamento Roma I aborda los posibles compromisos Convencionales futuros en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales por los Estados de la UE, incluido el sector del transporte internacional de viajeros por carretera, advirtiendo de que dichos compromisos deberán necesariamente respetar las reglas consagradas en el Reglamento Roma I en consonancia con lo establecido en el Tratado de Lisboa. El Reglamento CE 593/2008, de 17 de julio de 2008 (Reglamento Roma I) es sin duda la fuente más importante para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones

³⁵ En este sentido entre otros puede verse las referencias a la competencia judicial internacional y ley aplicable realizadas sobre el contrato de transporte por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales II: Algunos contratos”, en *Derecho internacional privado*, 15^a Edición, Editorial Comares, 2014, pp. 921-926; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, “Obligaciones”, en *Derecho internacional privado*, Civitas-Thomson Reuters, 7^a Edición, 2013, pp. 543-549.

³⁶ El Reglamento 593/2008 regula mediante su artículo 24 su relación con el Convenio de Roma al disponer que: 1) El presente Reglamento sustituirá al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado.

³⁷ Sobre el Convenio de Roma, puede verse entre otras las consideraciones realizadas por W. TETLEY, *International Conflict of Laws: common, civil and maritime: the rome convention 1980*, Blais, 1994, pp. 59 y ss.

³⁸ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *op. cit.*, nota 33, pp. 555 y ss.

contractuales. Un Reglamento revestido de eficacia *erga omnes* o *universal* que viene a desplazar las normas autónomas Derecho internacional privado aplicables a este tipo de obligaciones (el Código Civil en nuestro ordenamiento jurídico)³⁹.

56. Dicho esto, la primera pauta a seguir en la UE en materia de ley aplicable ante la ausencia de Convenio internacional que regule tal materia para la determinación de la ley aplicable a una concreta controversia internacional que haya podido suscitarse será analizar la existencia de cláusula de elección de ley o pacto vigente entre las partes. Así lo recoge el Reglamento Roma I en su artículo 3 cuando se refiere a la libertad de elección de ley para regir el contrato entre las partes, como máximo exponente del grado de autonomía de la voluntad que se confiere a las partes en ese intento de las instituciones europeas de constituir un sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales que pivote sobre la libertad de elección⁴⁰. Sistema que como analizaremos posteriormente se ve truncado en este particular sector del transporte internacional de viajeros por carretera, debido a cierta normativa europea que condiciona el grado de autonomía de la voluntad de las partes contractuales en la ejecución de algunos tipos de transportes en territorio europeo.

57. De esta manera el artículo 3.1 del Reglamento Roma I dispone que,

“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.”

58. Como adelantamos este precepto es el máximo exponente de lo que denominamos autonomía de la voluntad de las partes, desgraciadamente la mediana y pequeña empresa, mayoritaria en el sector europeo del transporte de viajeros por carretera, no suele proyectar sobre un contrato escrito las condiciones de la relación contractual. En efecto, hasta la fecha es totalmente atípico que se establezcan en contrato escrito todas y cada una de las estipulaciones necesarias, ni ninguna cláusula de elección de ley y/o atribución de competencia judicial internacional. Y todo ello con independencia de la sumisión automática a las Juntas arbitrales de transporte de toda controversia inferior a 15.000 euros en materia de transporte de viajeros por carretera, como particularidad de nuestro ordenamiento jurídico interno, si con anterioridad al inicio del transporte no se ha establecido o pactado por las partes nada en sentido contrario.

59. Un sometimiento automático a arbitraje recogido en el artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, mediante la modificación efectuada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, que viene a disponer lo siguiente,

“1. Corresponde a las Juntas Arbitrales resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervenientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento. Asimismo, les corresponderá resolver, en idénticos términos a los anteriormente previstos, las controversias surgidas en relación con los demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios que, conforme a lo previsto en la presente Ley, se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial. Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervenientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que inició debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratada.”

³⁹ Sobre ello: M. GUZMÁN ZAPATER, “El reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, en *Aranzadi civil*, nº 2, 2009, pp. 2257-2286.

⁴⁰ Puede verse entre otros: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, en *La Ley*, nº 7847, de 27 de abril de 2012.

60. Desde luego, es necesario un cambio en la actual situación que permita avanzar hacia un trato más equitativo de los intereses en presencia que colme la laguna existente en esta fundamental vertiente de la contratación internacional, y ofrezca una mayor seguridad jurídica tanto al transportista como a los viajeros en el desarrollo de sus relaciones contractuales.

61. En relación al artículo 3 del Reglamento Roma I debe subrayarse que advierte dos reglas que caben reseñar por su especial incidencia práctica para el caso de que fueren activadas, por un lado la posibilidad que tienen las partes de convenir en cualquier momento la ley aplicable al contrato. Es decir, que las partes pueden establecer la ley que rige el contrato en el momento de la realización del contrato transporte, o incluso una vez acontecido el hecho generador de la controversia mediante pacto entre las partes que modifique la anterior elección realizada. Así lo establece el artículo 3 al recoger expresamente que,

“Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta a la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.”

62. Dicho lo anterior, no cabe obviar el condicionante del sometimiento a las leyes imperativas del Estado donde queden localizados todos o la mayor parte de los elementos de la relación contractual, incluso en detrimento de la ley elegida por las partes para regir el contrato al disponer que,

“Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.”

63. No obstante, la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la ley aplicable al contrato de transporte de viajeros/pasajeros por carretera queda limitada por el condicionante establecido en el artículo 5.2, párrafo segundo, del propio Reglamento Roma I, que únicamente posibilita a las partes elegir como ley aplicable alguna de las siguientes: a) la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual; b) la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual; c) la ley del país donde el transportista tenga el lugar de su administración central; d) la ley del país donde se encuentre el lugar de origen; y, e) la ley del país donde se encuentre el lugar de destino. Puntos de conexión que a pesar de la restricción son los más habituales/ comunes para su elección por las partes de la relación contractual⁴¹.

64. Por otro lado, ante la ausencia de elección de ley aplicable, el sistema diseñado por el Reglamento Roma I contempla en su artículo 5 una regla específica destinada al contrato de transporte de viajeros por carretera novedosa, por su inexistencia en el Convenio de Roma de 1980, y que se aleja de la solución que fijaba el artículo 4.2 a modo de cláusula residual y que le era aplicable al contrato de transporte de viajeros por carretera, conforme a la cual el contrato quedaría regido por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (es decir el transportista), pero que recibe ahora un trato autónomo, diferenciado y no residual.

65. Este trato singular con el que se obsequia a la categoría contractual del transporte en defecto de elección de ley aplicable al contrato al alejarse de la presunción general, pretende evitar que aquellos supuestos contractuales de transporte caracterizados por la ausencia de pacto de elección de ley acaben determinándose por la ley del establecimiento principal transportista, entendiéndose que tal criterio no es suficiente para localizar el contrato⁴². En consecuencia, conforme al Reglamento, la ley aplicable será

⁴¹ En este sentido, entre otros: C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I”, en *Cuad.Der.Trans.*, 2009, vol.1, nº 2, pp. 171-178.

⁴² J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía Contractual”, en *III Seminario internacional de Derecho Internacional Privado: Autorregulación y unificación del derecho de los contratos internacionales*, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pp. 558-559.

la del país donde el viajero/pasajero tenga su residencia habitual, con el condicionante de que, el lugar de origen o el de destino también estén situados en dicho país. De no cumplirse tales requisitos acumulativos necesariamente deberá aplicarse la ley del país en el cual esté situada la residencia habitual del transportista a modo de cláusula de cierre⁴³.

66. Conforme al artículo 5.2 relativo a los contratos de transporte de viajeros/pasajeros el Reglamento Roma I señala que, *en defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato para el transporte de pasajeros de conformidad con el párrafo segundo, el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual.*

67. Es indudable que el sistema se ha visto mejorado y complementado mediante la nueva regulación que fomenta una mayor seguridad jurídica y previsibilidad⁴⁴. Desde luego, se ha perfeccionado el marco regulador del contrato de transporte de pasajeros al dedicarle un apartado concreto que no existía en el Convenio de Roma. Sector contractual al cual no le era aplicable la presunción contenida en el art. 4.4 sino más bien, tal y como advertimos, la presunción recogida en el apartado 2 del propio art. 4⁴⁵.

68. Por último, cabe subrayar que para aquellos casos en los que del conjunto de las circunstancias se desprenda que el contrato, a falta de elección de ley aplicable, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el citado artículo 5.1 y 5.2, y a modo de cláusula de escape, se aplicará la ley de ese otro país⁴⁶. Norma que difiere de la contenida en el art. 4.5 del Convenio de Roma por el empleo del adverbio manifiestamente, y del art. 4.3 del Reglamento Roma I por no recoger la expresión claramente, pero que sin duda alguna presenta de igual forma que la regulación genérica de la cláusula de escape del Reglamento una formulación restrictiva⁴⁷.

69. Como advertimos con anterioridad en el ámbito del contrato de transporte internacional de viajeros por carretera nos encontramos en el seno de la UE con ciertos Reglamentos que condicionan la aplicación del máximo exponente de la autonomía de la voluntad contractual en lo referente a la elección de ley aplicable al contrato. El Reglamento 1073/2009 de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de viajeros por carretera, y que citado anteriormente para el análisis de varios de sus extremos, deberá tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación del Reglamento Roma I por dos cuestiones ciertamente significativas. En primer lugar, deberá tenerse en cuenta en sus relaciones con el Reglamento Roma I, pues el Reglamento Roma I recoge en su artículo 23 una regla sobre su compatibilidad con otras disposiciones de Derecho europeo al disponer que,

“Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del derecho europeo que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales.”

⁴³ Entre otros sobre el contrato de transporte y el Reglamento Roma I: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, en *La Ley*, nº 6957, 30 de mayo de 2008.

⁴⁴ Puede verse en este aspecto entre otros: U. BELINTXON MARTÍN, “Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección: la interpretación del artículo 4 del Convenio de Roma y su proyección sobre el Reglamento Roma I”, en *La Ley Unión Europea*, nº 22, enero de 2015, pp. 55-60.

⁴⁵ Sobre las presunciones especiales del art. 4 del Convenio de Roma y la inaplicación del art. 4.2 a los contratos de transporte de mercancías: P.A. DE MIGUEL ASENSIO “La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: El artículo 4 del Convenio de Roma de 1980”, en *La Ley*, XVI, 4 de abril de 1995, pp. 1-7.

⁴⁶ Véase el Informe relativo al Convenio elaborado por M. GIULLANO Y P. LAGARDE, “Informe sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en *DOCE*, nº 327, de 11 de diciembre de 1992, pp. 14-21.

⁴⁷ Sobre este particular entre otros: P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea”, en *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, nº 29, septiembre de 2011, pp. 67-89.

70. En segundo lugar, es necesario hacer referencia a las normas sobre transporte de cabotaje contenidas en los artículos 15 y 16 del Reglamento 1073/2009, donde se recogen los tipos de transporte de cabotaje autorizados y las normas aplicables a este tipo de transportes. Es decir, aquellos transportes por carretera ejecutados por parte de un transportista nacional de un Estado miembro en un segundo Estado miembro de acogida del cual no es nacional. No cabe duda de que el artículo 16 del Reglamento 1073/2009⁴⁸, es el actual exponente del antiguo Reglamento 12/1998 que mediante su artículo 4⁴⁹, recogía que *sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria, la realización de los transportes de cabotaje previstos en el artículo 3 estará sometida a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en el Estado miembro de acogida, en lo que se refiere a los siguientes ámbitos: precios y condiciones que rigen el contrato de transporte [...]*, siendo en esencia una norma de Derecho internacional privado destinada a regular/normativizar una situación de características claramente internacionales⁵⁰.

71. En nuestra opinión, esta regla contiene una norma de conflicto de aplicación imperativa del Estado miembro de acogida del servicio de transporte internacional de viajeros por carretera ejecutado por un transportista no residente, nacional a su vez de otro Estado miembro de la UE⁵¹. En este aspecto, desde la perspectiva de la ley aplicable al contrato de transporte de viajeros por carretera, cabe plantearse varios debates diferenciados de gran importancia e interés práctico en el desarrollo de esta singular actividad comercial.

72. En primer lugar, es necesario preguntarse sobre la justificación de la aplicación de tal norma de conflicto de manera imperativa, con independencia de la ley que resulte aplicable al contrato en virtud de la libre elección de las partes interesadas, o incluso en ausencia de pacto o acuerdo, respecto de lo dispuesto en el artículo 5.2 Reglamento Roma I. En segundo término, debemos plantearnos el encaje de tal precepto como “Ley de policía” desde la perspectiva particular de cada Estado miembro de la UE. Y por último, es necesario instar a las instituciones europeas para que promuevan un estudio exhaustivo sobre la incidencia práctica que la aplicación de tal norma tiene en la actualidad en el sector del transporte transfronterizo e internacional.

⁴⁸ Art. 16 R.1073/2009: 1. Sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria, la realización de los transportes de cabotaje previstos en el artículo 15 estará sometida a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en el Estado miembro de acogida, en lo que se refiere a los siguientes ámbitos: a) las condiciones que rigen el contrato de transporte; b) el peso y las dimensiones de los vehículos de transporte por carretera; c) requisitos relativos a los transportes de determinadas categorías de viajeros, a saber, escolares, niños y personas con movilidad reducida; d) el tiempo de conducción y los períodos de descanso; e) el impuesto sobre el valor añadido (IVA) sobre los servicios de transporte. En su caso, los pesos y dimensiones contemplados en el párrafo primero, letra b), podrán superar los valores aplicables en el Estado miembro de establecimiento del transportista, pero en ningún caso podrán exceder de los límites fijados por el Estado de acogida para el tráfico nacional o las características técnicas mencionadas en las pruebas a que hace referencia el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 96/53/CE. 2. La realización de los transportes de cabotaje para los servicios previstos en el artículo 15, letra c), estará sometida, sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en el Estado miembro de acogida para los requisitos referentes a las autorizaciones, los procedimientos de licitación, las localidades a las que se deba prestar el servicio, la regularidad, la continuidad, la frecuencia y los itinerarios. 3. Las normas técnicas relativas a la fabricación y equipamiento que deberán satisfacer los vehículos utilizados para efectuar transportes de cabotaje serán las mismas que se imponen a los vehículos autorizados a circular en transportes internacionales. 4. Las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales contempladas en los apartados 1 y 2 deberán ser aplicadas a los transportistas no residentes en las mismas condiciones que a los transportistas establecidos en el Estado miembro de acogida, con el fin de impedir cualquier discriminación, manifiesta o encubierta, basada en la nacionalidad o en el lugar de establecimiento.

⁴⁹ DO L 4 de 8.1.1998, p. 10. Reglamento (CE) nº 12/98 del Consejo, de 11 de diciembre de 1997, por el que se determinan las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro.

⁵⁰ C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, *op. cit.*, nota 41, pp. 162-163.

⁵¹ Sobre este particular pueden observarse las consideraciones realizadas por el Profesor C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “Contratos internacionales. El contrato de transporte. Introducción. Cuestiones generales de Derecho internacional privado”, en la obra *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 913-915, y que si bien califica este tipo de normas contenidas en los Reglamentos Europeos especiales por razón de la materia (1072 y 1073 del año 2009) como normas de Derecho internacional privado destinadas a regular una situación privada internacional, entiende, a diferencia de nuestra argumentación al respecto, que el encaje o clasificación de estas normas debe encuadrarse en la categoría de norma imperativa del Estado miembro de acogida que ha de aplicarse con independencia de la ley nacional elegida por las partes, o en su caso, por la ley aplicable en defecto de elección (artículo 5 del Reglamento Roma I).

73. En efecto, la pretensión de esta norma es clara, mantener un control de los transportes de viajeros en su modalidad carretera por parte de cada Estado miembro de la UE en sus propias fronteras, condicionando la libre prestación de servicios, y sometiendo la actividad de transporte en su vertiente no internacional a los requisitos de establecimiento, licencias y matriculación de vehículos que imponga el Estado miembro en el que el transportista profesional desea desarrollar su actividad comercial.

74. Dicha realidad presenta una serie de conflictos en la práctica que incrementa la inseguridad jurídica del operador de transporte de viajeros por carretera. Inicialmente la calificación que el derecho de los diferentes Estados miembros otorgan a los supuestos de cabotaje no difiere según la norma europea analizada. Sin embargo, en la práctica las lagunas jurídicas de la normativa común y las divergentes interpretaciones Estatales están repercutiendo negativamente en la actividad transfronteriza. Sobre todo, ante un transporte de viajeros por carretera con recogidas parciales de viajeros. Imagínense un transporte discrecional internacional de viajeros por carretera con lugar de origen en un Estado miembro, y lugar de destino en otro Estado miembro con diferentes localizaciones o lugares de recogida y bajada de personas.

75. En un inicio, el transporte con lugar de origen en un Estado miembro y destino en otro Estado es un transporte internacional sometido a las reglas contenidas en los Reglamentos Europeos señalados (RBI bis y Reglamento Roma I) ante la ausencia de un Convenio internacional aplicable que regule dicha cuestión. Sin embargo, tras la primera bajada de viajeros en un primer destino localizado en ese otro Estado y tras una nueva carga parcial de pasajeros en el vehículo habilitado al efecto para su transporte a otro destino en otro lugar de ese mismo Estado miembro, y todo ello según lo estipulado contractualmente, el operador del sector no tiene claro ante qué régimen jurídico se encuentra sometida la ejecución del transporte para esta última carga parcial de pasajeros y descarga final.

76. Desde luego, la primera posibilidad sería calificar todo el contrato de transporte como internacional, y por ende sometido al RBI bis sobre competencia judicial internacional y al R. Roma I sobre ley aplicable. Sin embargo, si acudimos a la definición contemplada en el R.1073/2009 sobre transporte de cabotaje, cabe inferir que desde la primera descarga parcial de pasajeros y la nueva recogida parcial de pasajeros, nos encontramos sometidos a la normativa estatal del Estado miembro de acogida del transporte, y en consecuencia todo pacto sobre elección de ley aplicable a la relación contractual quedaría desvirtuado por la imperatividad del artículo 16 del citado Reglamento.

77. Véase la definición que recoge el Reglamento sobre los transportes de cabotaje en el epígrafe 7 del artículo 2,

“Transportes de cabotaje:

- Los servicios nacionales de transporte de viajeros por carretera por cuenta ajena efectuados con carácter temporal por un transportista en un Estado miembro de acogida, o
- La recogida y traslado de viajeros en el mismo Estado miembro, durante un servicio internacional regular de transporte, con arreglo a lo dispuesto en el presente Reglamento, siempre que no se trate del propósito principal de dicho servicio.”

78. Por ello, creemos que es necesaria una pronta solución a la incertidumbre e inseguridad jurídica que propicia en los operadores del sector desconocer ante que normativa quedan sometidos este tipo de transportes de viajeros por carretera, que en esencia se distancian de la regulación y la clasificación recogidas en las normas de cabotaje contenidas en este instrumento europeo en vigor.

79. Desde luego la incertidumbre jurídica es evidente, y en la actualidad se está resolviendo según interpretaciones interesadas por parte de los Estados miembros de la UE. En efecto, tal incertidumbre jurídica permite clasificar a este tipo de servicios de transporte de viajeros por carretera según conveniencia. En primer lugar, como transporte internacional en todo su conjunto, sometido a las nor-

mas vigentes en materia de competencia judicial internacional y ley aplicable en la UE⁵². En segundo lugar, cabe observar en la ejecución de tal transporte de viajeros por carretera dos situaciones bien diferenciadas, por un lado un transporte internacional con punto de partida en un Estado miembro y puntos de bajada o destino en diferentes lugares de otro Estado miembro, y por otro, respecto a las recogidas parciales de viajeros realizadas tras una primera parada y bajada de viajeros que sería calificada como internacional, clasificarlas como transporte de cabotaje. Y finalmente, considerar a la primera descarga como transporte internacional, y todas las demás bajadas de viajeros y recogidas restantes, sometidas a las reglas sobre transporte de cabotaje.

80. En nuestra opinión el supuesto de transporte de viajeros expuesto debe diferenciarse de las definiciones de transporte internacional (entendido por este: 1. aquel que tiene el punto de origen en un Estado miembro de la UE, y el punto de destino en otro Estado miembro de la UE; 2. un viaje realizado por un vehículo cuyos puntos de partida y destino estén situados en el mismo Estado miembro, si bien la recogida o depósito de viajeros tiene lugar en otro Estado miembro o en un tercer país; 3. un viaje realizado por un vehículo desde un Estado miembro a un tercer país o viceversa, con o sin tránsito por uno o más Estados miembros o terceros países; o 4. Un viaje realizado por un vehículo entre terceros países con tránsito por uno o más Estados miembros), y también del transporte de cabotaje (en el sentido de aquel transporte nacional realizado por un transportista no residente en el Estado de acogida, pero si nacional de otro Estado miembro de la UE). En efecto, la situación expuesta debiera ser clasificada como transporte internacional, no en base a los criterios de recogida y depósito en destino de los viajeros sino en base a la localización de las partes contractuales permitiendo así un libre desarrollo del comercio internacional⁵³. Esta serie de leyes de policía limitadoras del libre comercio deben dejar de ofrecer como válida una respuesta encorsetada y anacrónica, sobre todo en este específico sector del transporte de viajeros por carretera que demanda una armonización en materia laboral, social, mercantil y civil que posibilite la eliminación de las restricciones y el intervencionismo estatal, para así favorecer la libre competencia en el sector.

81. En efecto, el operador jurídico y el operador empresarial de transporte de viajeros por carretera se encuentran en el seno de la UE ante un problema de calificación frente a normas como la contenida en el artículo 16 del R.1073/2009, por lo que cabe plantearse si los conceptos dogmáticos y doctrinales de nuestra disciplina de Derecho internacional privado recogidos en el artículo 12 de Código Civil brindan una respuesta efectiva a dicha cuestión, o si por el contrario le correspondería al Derecho de la UE sugerir una solución determinante y definitiva en este aspecto.

IV. Conclusiones finales

82. El sector del transporte internacional de viajeros por carretera requiere definitivamente que la UE abandone una actitud de inacción legislativa perpetuada en el tiempo, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica en un mercado de transporte por carretera afectado por una discrecionalidad

⁵² P. IVALDI, *Diritto Uniforme dei trasporti e Diritto internazionale privato*, Milan, Guiffrè, 1990, pp. 1-45, alude a la necesidad de superar el conflicto de leyes en materia de transporte en su relación con los Convenios Internacionales de Derecho uniforme. Cuestión totalmente extrapolable sobre este singular sector del transporte internacional de viajeros por carretera y la confluencia normativa existente.

⁵³ En relación a este posicionamiento que entiende que existe un elemento extranjero determinante, como es el hecho de que un porteador o transportista tenga su establecimiento en un Estado miembro distinto de aquel en el que realiza el transporte de cabotaje de mercancías o viajeros, y que por lo tanto este tipo de situaciones deben ser tratadas por el Derecho internacional privado, pueden verse las consideraciones a favor y en contra de tal argumentación, entre otros autores: En contra de tal calificación, se ha mostrado la profesora E. CASTELLANOS RUIZ en su excelente obra *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, Editorial Comares, 1999, pp.12-15, en la que no se muestra a favor de considerar la importancia de los elementos subjetivos para imprimir carácter internacional a un contrato de transporte. En cambio, a favor, se ha posicionado entre otros: el profesor C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, que viene a considerar los contratos de transporte por carretera efectuados en régimen de cabotaje como contratos internacionales, no en relación a su carácter transfronterizo, sino más bien en relación al elemento extranjero que supone que el porteador o transportista tenga su establecimiento en un Estado miembro distinto de aquel en el que debe ejecutar el servicio de transporte, op. Cit nota 26 pp 341-342, *op. cit.*, nota 51, pp. 913-914..

interpretativa abrumadora de los Estados miembros sobre las condiciones de acceso a la profesión de transportista y al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses⁵⁴.

83. El Reglamento 1073/2009 aboga, a nuestro juicio desacertadamente, por clasificar y calificar de forma expresa los tipos de transporte de viajeros por carretera realizables y ejecutables en territorio europeo, distinguiendo los transportes internos o nacionales de los internacionales, y estos a su vez, de los denominados transportes de cabotaje (aquellos transportes nacionales por cuenta ajena llevados a cabo con carácter temporal en un Estado miembro de acogida por un transportista de viajeros por carretera residente en otro Estado miembro), según criterios de localización de recogida en origen y depósito en destino de los viajeros.

84. Este tipo de normas no tienen otra finalidad que mantener un férreo control estatal sobre el mercado del transporte nacional para proteger los intereses empresariales de los transportistas autóctonos. Lamentablemente estas restricciones de acceso y el sometimiento de los transportes calificados como no internacionales a limitaciones temporales, requisitos de establecimiento y matriculación de vehículos, repercuten en la internacionalización de las empresas de transporte, además de en la libre prestación de servicios y la libertad de circulación en la UE.

85. La libre prestación de servicios, en este caso de transporte de viajeros por carretera, constituye uno de los principios fundamentales de la política común de transportes de la UE, y esto requiere ineludiblemente de una apertura de los mercados del transporte internacional europeo a todos los transportistas de todos y cada uno de los Estados miembros de la UE sin discriminación alguna por razón de la nacionalidad o del lugar de establecimiento.

86. Dicho esto, entendemos que el transporte de cabotaje se compone de ciertos elementos de internacionalidad que lo identifican de forma clara del transporte de viajeros de carácter nacional, y demanda de un trato jurídico particular y diferenciado. En efecto, la múltiple casuística que puede acontecer en territorio europeo exige una calificación de este tipo de transportes según criterios de localización de las partes intervenientes en el contrato, permitiendo así al operador un libre desarrollo de su actividad en el comercio internacional.

87. Finalmente, no hubiera sido desacertado por parte de la UE, y de los Estados miembros, haber formado parte de un Convenio internacional, que como el CVR, hubiese aportado cierta homogeneidad material al contrato de transporte internacional de viajeros/pasajeros por carretera. La adopción de una norma de estas características ofrece una mayor seguridad jurídica al operador del sector garantizando con ello la previsibilidad del Derecho aplicable a la situación privada internacional, y además contribuye en la consecución de un homogéneo tratamiento jurídico ante situaciones semejantes que se presentan en el ámbito de ordenamientos jurídicos divergentes, favoreciendo con ello un resultado jurídico final consolidado⁵⁵.

⁵⁴ Puede verse en este aspecto el informe realizado por la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la situación del mercado del transporte por carretera en la Unión Europea y donde se analiza, entre otras cuestiones, la armonización de las normas aplicables al sector y el grado de apertura de los mercados de transporte nacional por carretera, incluido el denominado transporte de cabotaje. Hecho en Bruselas el 14 de abril de 2014, COM (2014) 22 final.

⁵⁵ En este mismo sentido E. CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, nota 53, pp. 3-10.

THE JOINT AND SEVERAL LIABILITY OF THE PARENT COMPANY ON COMPETITION MATTERS, A EUROPEAN APPROACH

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA CASA MATRIZ EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, UNA VISIÓN EUROPEA

WALTER BEVERAGGI DE LA SERNA

Magíster en Derecho de la Globalización
Universidad de Navarra

Recibido: 08.01.2016 / Aceptado: 11.01.2016

Abstract: The European competition rules set undertakings (and not legal entities) as obligated of the competition provisions, but no definition of such term has been provided. The expansive and functional interpretation of the term undertaking developed by the Commission, the national competition authorities and the European Courts is central to extend the liability over the parent companies for the infringements of their subsidiaries. Therefore, they are allowed to take legal actions directly against the parent companies, increasing the chances of success. On the other hand, it is given a narrow margin to the parent companies to challenge their liability for the conduct of their subsidiaries in competition matters.

Keywords: competition law, concept of undertaking as subject of competition rules, joint and several liability, joint venture, parent company.

Resumen: La regulación en materia de defensa de la competencia en la Unión Europea establece a las empresas (y no a las personas jurídicas) como sujetos obligados de sus disposiciones, pero no se proporciona definición alguna sobre dicha expresión. La Comisión, las autoridades locales y los Tribunales europeos han desarrollado una interpretación funcional del término que resulta fundamental para extender la responsabilidad sobre las casas matrices por las infracciones de sus filiales. Como consecuencia, la Comisión y las autoridades nacionales pueden llevar a cabo acciones legales directamente contra las matrices, lo que aumenta las posibilidades de éxito. Por otra parte, existe un estrecho margen para que las matrices puedan cuestionar favorablemente su responsabilidad por la conducta de sus filiales.

Palabras clave: defensa de la competencia, noción de empresa como sujeto de la regulación de competencia, responsabilidad solidaria, empresa conjunta, empresa matriz.

Summary: I. Introduction. II. Undertakings as subject of EU competition rules. III. The undertaking as a single economic unit. IV. Implications of the extensive delineated boundaries of an undertaking. V. Liability of the parent company for infringements of its subsidiary. VI. The case of joint ventures. VII. A rebuttable presumption or a case of objective responsibility? VIII. Conclusion.

I. Introduction

1. Under the treaties and regulations of the European Union (EU), *undertakings* are subject of the competition rules and such term identifies the addressees of the competition provisions. However,

no definition has been provided for the purpose of the law by the treaties. The aim of this paper is to describe how the relative term ‘undertakings’ is defined by the Courts with an expansive and functional view and how with this notion it is possible to expand the liability over the parent companies for the infringements of their affiliates, although they are located in different countries or they are different legal entities in the light of corporate law.

2. The definition of this concept is crucial to enable the competition authorities to prosecute the parent companies and with them increase the ceiling of the fine and chances of being paid. This paper seeks to provide comprehensive guidance in terms of conceptual and practical aspects on how the European Commission and Courts apply this approach, as well as, the practical and legal consequences of such an approach, highlighting the difficult task that the parent companies have to escape from their liability for the unlawful conduct of their subsidiaries in competition matters.

II. *Undertakings as subject of EU competition rules*

3. The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) prohibits restrictive agreements between undertakings¹ and it seeks to prevent the abuse of one or more undertakings with a dominant position.² Additionally, the EU regulation on mergers, i.e. Council Regulation No. 139/2004 (Merger Regulation), set that all concentrations of undertakings with a Community dimension as defined therein have to be notified to the European Commission, who has to prohibit those which create, strengthen a dominant position or affect effective competition in the common market or in a significant part of it.³

4. In spite of making reference to several places, the term undertaking is neither defined in the EU Treaty nor in the EU Merger Regulation. Consequently, the Commission and the European Courts have to establish the content of the term by its own interpretation. The Courts has held a broad definition of the notion of undertaking, enabling the Commission to maximise its competent powers and the application of the competition regulation as far as possible. As a result of this, with a functional approach, the Commission is able to apply the competition provisions to a very wide variety of persons and entities, consisting of individuals, trade associations, partnerships, clubs, companies, public entities.

5. Traditionally the judicial interpretation to ensure the full effectiveness of the competition provisions adopted a broad and functional approach, applying the term to entities engaged in economics and business activities irrespective of their legal status and the way in which were supported. This practical approach focuses on the commercial nature of activities and not on the type of entities engaged in them. The relativity of the concept ‘undertaking’ is most evident when considering activities carried out by non-profit-making organisations of public bodies. These entities may at times operate in their charitable or public capacity but may be considered as undertakings when they engage in commercial activities. The commercial nature of an activity is often apparent when the entities offer goods and services in the marketplace and when the activity could, potentially, yield profits.⁴

¹ TFEU, Article 101 prohibits ‘as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market’.

² TFEU, Article 102 states that: ‘Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States’.

³ Council Regulation No. 139/2004, Article 3: ‘a concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from: (a) the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings, or (b) the acquisition, by one or more persons already controlling at least one undertaking, or by one or more undertakings, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, of direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings’.

⁴ A. EZRACHI, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Case*, Hart Publishing, Portland, USA, Fourth Edition, page 1.

6. Similarly, the Advocate General Roemer proffered a useful early definition of the term in 1966 in *Italy v Council*⁵ stating that ‘*apart from legal form or the purpose of gain, undertakings are natural or legal persons which take part actively and independently in business and are not, therefore, engaged in a purely private activity*’. The Court of Justice in *Höfner and Elser*⁶ has taken an expansive and functional view of the notion, holding that ‘*encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which is financed*’. Such requirement of participation in commercial activities must be understood in a wide sense as well. It covers not only the production and distribution of goods but also the provision of services in the capacity of coordinate or rule professional or sectorial activities, sports associations, charity events, among others, as long as it involves private or public activities of an economic nature.

III. The undertaking as a single economic unit

7. The Courts have defined the term ‘undertaking’ focusing on the economic activity that the companies perform irrespective of the legal corporate structure that is applied within a business. For the purpose of EU antitrust law, any entity engaged in an economic activity, that is an activity consisting of providing goods or services in a given market, regardless of its legal status and the way in which it is financed, is considered an ‘undertaking’. To qualify for the application of the competition rules, by definition, no earn-profits intention is required and neither are public entities excluded.

8. A wide notion of the term under analysis was also implemented to bring action to the parent companies when a subsidiary was investigated by the Commission for breaching the competition provisions. The rule was firstly stated by the European Court in 1972 in *Imperial Chemical Industries*⁷ where it was pointed out that: ‘*The fact that a subsidiary has separate legal personality is not sufficient to exclude the possibility of imputing its conduct to the parent company. Such may be the case in particular where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company. where a subsidiary does not enjoy real autonomy in determining its course of action in the market, the prohibitions set out in article 85 (1) may be considered inapplicable in the relationship between it and the parent company with which it forms one economic unit.*’

9. The boundaries of undertakings were widely expanded in a practical and economic view of the term. The Court of Justice held in *Hydrotherm* that in competition law, the term ‘undertaking’ must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question even if in law that economic unit consist of several persons, natural or legal. In this case, a natural person and two different companies but completely controlled by the first were considered a single undertaking.⁸ In *Shell*, the Court of First Instance held that Article 101 TFEU is aimed at economic units which consist if a unitary organization of personal, tangible and intangible elements which pursue a specific economic aim on a long-term basis and can contribute to the commission of an infringement of

⁵ ECJ 13 July 1966, Case C- 32/65 *Italy v Council*.

⁶ ECJ 23 April 1991, Case C-41/90 *Höfner and Elser v. Macrotron GmbH*. The case concerned the German Federal Public Employment Agency which the Court classified as an undertaking because it deemed employment procurement to be an economic activity.

⁷ ECJ 14 July 1972, Case 48-69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, paragraphs 132 - 134.

⁸ ECJ 12 July 1985, Case 170/83 *Hydroterm v Compact* [1985] ECR 3016, para. 11. This case concerned the block exemption granted by Regulation 67/67 to certain categories of exclusive dealing agreements. The exemption was expressly limited to agreements to which only two undertakings are party. That condition was held to be fulfilled where the parties to a contract were, on distribution side, a German company and on the manufacturing side, an Italian developer of a product and two legally independent legal entities controlled by him.

the kind referred to in that provision.⁹ The Court found that Shell and the Shell group operating companies constituted a single undertaking.

10. In other words, for the purpose of competition law, ‘undertakings’ shall be identified with economic units rather than legal units. It is completely irrespective that the undertaking is a single person (legal or natural) or several companies or natural persons as long as they form an economic unit. As the concept of undertaking may comprehend several legal entities or natural persons, the corporate principle of separate legal personality is given way in the area of competition law to the economic concept of undertaking.

IV. Implications of the extensive delineated boundaries of an undertaking

11. The main impact of this ‘unit enterprise entity’ doctrine aforementioned can be relevant for two main purposes:

12. In the first place, it may be decisive for the application of the substantive rules, that is to say Article 101 or Article 102 TFEU. Article 101 prohibits restrictive agreements between undertakings and it does not apply to agreements between persons or companies belonging to the same undertaking. In many cases, companies are considered only one undertaking may allow a finding of abuse of a dominant position under the Article 102 TFEU as long as that undertaking has a dominant position. So if a subsidiary is accused to enter in an anti-competitive behaviour with its parent company, in case that it does not have a dominant position in the relevant market, as both are considered to be the same undertaking, the Commission is not allowed to bring a conspiracy case (Article 101 TFEU) and that conduct can stay without punishment.

13. In other words, the practical and extensive notion of ‘undertakings’ exclude the application of the Article 101 TFEU in cases where the parent and subsidiary are accused of the same infringement the competition law as they are not independent companies. In fact, there will be no agreements between undertakings where the subsidiary enjoys no real freedom to determine its course of action on the market.¹⁰

14. In the second place, the interpretation of the term under analysis determines the group of natural or legal entities to whom infringements of the substantive rules by the undertaking concerned can be imputed for the anti-competitive conduct. A company may thus be held responsible for an infringement which was carried out by another company belonging to the same business structure and in which it did not directly participate.¹¹

15. Regarding this last issue, an economical purpose of the competition authorities may be hidden under the interpretation of the term undertaking. As previously stated, the parent company would be jointly and severally liable and directly responsible for an infringement made by its subsidiary as both companies are considered an economic entity, that is to say, a single undertaking. Consequently, the parent company which in many cases is established in a third country and has subsidiaries in different countries may be in a better financial situation to pay the imposed fine than its local subsidiary. It is an undeniable fact that the media exposure of the parent company could add pressure to settle in order to avoid appearing as an infringer, as a precedent and the fine itself.

16. Following the same reasoning, another central interest of the competition authorities to bring the parent companies to action is to apply Article 23 of the Council Regulation No. 1/2003 of 16 December 2002. Under this provision, when the Commission determines that a subsidiary is responsible for

⁹ CFI 10 March 1992, Case T-11/89 *Shell v Commission* [1992] ECR II-884, para. 311.

¹⁰ EC Commission Decision 91/50, Case IV/32.732 *Ijsslcentrale and others* [1991].

¹¹ W. P.J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2002, page 165.

breaching the competition rules (i.e. Articles 101 or 102 TFEU), and the responsibility for that violation is correspondingly attributed to its parent company, it enables it to increase exponentially the potential fine to the maximum legal of 10% of the total worldwide turnover of the parent company. Otherwise, only the local turnover of the subsidiary shall be considered.

V. Liability of the parent company for infringements of its subsidiary

17. The foundation of the parental liability is practical and it has a more economical than legal basis. A whole group of companies are considered as one undertaking and the parent company is severally and jointly liable for its affiliates. There is no explanation under the corporate or civil law. The parent company is not fined because of its responsibility as head of a group of companies or for instigate its dependent to breach the competition rules, respectively.

18. An early example of this approach was given in 1972 in *Imperial Chemical Industries*¹² where it was stated that: ‘*The fact that a subsidiary has separate legal personality is not sufficient to exclude the possibility of imputing its conduct to the parent company. Such may be the case in particular where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company. Where a subsidiary does not enjoy real autonomy in determining its course of action in the market, the prohibitions set out in article 85 (1) may be considered inapplicable in the relationship between it and the parent company with which it forms one economic unit.*’

19. There are two main issues to determine the joint and several liability of the parent company and these are closely related, consisting of: (a) the property of the subsidiary’s shares or equity; and (b) the influence of the parent company over its subsidiary. Where a parent company owns directly or indirectly the 100 per cent of the shares of its subsidiary and the latest infringed any competition regulation it is understood that the parent company was able to exercise ‘decisive influence’ over the conduct of its subsidiary; and there is a rebuttable presumption (*iuris tantum*) that the parent company exercised in fact such decisive influence over the conduct of the subsidiary. In that sense, it is sufficient for the Commission to prove that the subsidiary is wholly-owned by the parent company in order to presume that the parent company exercises a decisive influence over the commercial policy of its subsidiary, subject to rebuttal of that presumption (as we will see, it is not a simple job).

20. Consequently, the Commission will be able to hold the parent company as jointly and severally liable for the payment of the fine imposed on its subsidiary, unless the parent company, which has the burden of rebutting that presumption, addresses sufficient evidence to show that its subsidiary acts independently on the market.¹³ This is particularly so where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company. As it is ruled in many case-laws, there is nothing to prevent the Commission from establishing that a parent company which has the total ownership of the subsidiary equity actually exercises decisive influence over it by means of other evidence or by a combination of such evidence and that presumption.¹⁴

21. This *iuris tantum* presumption was ruled in *AEG-Telefunken*¹⁵ in 1985 when the Court found superfluous to examine if the parent company had a position to exert a decisive influence on the distribu-

¹² ECJ 14 July 1972, Case 48-69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, paragraphs 132 - 134.

¹³ ECJ 10 September 2009, Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV and Others v Commission of the European Communities*, paragraph 60.

¹⁴ ECJ 19 July 2012, Case C-628/10 P *Alliance One International and others vs Commission*, [2012] 5 CMLR14, p. 47.

¹⁵ ECJ 29 March 1982, Case 107/82 *AEG-Telefunken*, [1983] ECR 3151, [1984] 3 CMLR 325, paragraph 50.

tion and pricing policy of its subsidiaries and whether it really made use of such power. In this case, the Court concluded that the parent company necessarily determined the commercial policies to its wholly-owned subsidiary without any additional duty to the Commission to probe it. According to the case-law of the Court of Justice, where the entire capital of the subsidiary is owned, there is no longer any requirement to carry out a check since in those circumstances, there is a presumption of decisive influence on the part of the parent company, which has the burden of rebutting that.¹⁶

22. It may also apply in cases in which the Court ruled that holding of ‘almost entirely of the capital of a subsidiary’ will give rise to a rebuttable presumption that the parent company exercises a decisive influence.¹⁷ Differently, in the case of a minority-ownership of the equity of the subsidiary, in order to be able to impute jointly and severally the conduct performed by the subsidiary to the parent company, the Commission is requested to find that the parent company was in a position to exercise decisive influence over the conduct of its subsidiary and if it such influence was actually exercised by the parent company.¹⁸

23. As it was ruled in *Akzo Nobel NV*, although having a separate legal personality, if the subsidiary has no independence upon its own conduct on the market, it is not allowed to take commercial decision for its own, and it has to obey the instructions given to it by the parent company, in such situation, the parent company and its subsidiary form a single economic unit and therefore form a single undertaking. Thus, this unique undertaking constituted by two or more different legal entities enables the Commission to address a decision imposing fines to the subsidiary and parent company several and jointly liable, without having to establish the personal involvement of the latter in the performance of the infringement.¹⁹

24. As a final word in this regard, it is worth highlighting that the several and joint liability of the parent company also includes recidivism uplift even though the parent company has not been subject of previous legal proceedings giving rise to a statement of objections and decision.²⁰ This can raise some practical consequence as the parent company may be fined for repeat infringement even without being an addressee of earlier decisions and parent companies may have to produce evidence of their lack of influence or rebut a presumption of influence over those subsidiary years later.

VI. The case of joint ventures

25. Joint ventures’ case can be more complex as they are created by more than one parent company and are generally empowered with independent and autonomous governance. However, in many cases the Courts understood that, if each parent company has the ability to supervise the strategic direction of the joint venture as for example if they have the power to appoint and dismiss officers or to ap-

¹⁶ ECJ 26 September 2013, Case C-172/12P *EI du Pont de Nemours and Others v Commission*, paragraph 45.

¹⁷ A. EZRACHI, *op cit.*, page 25, where the author refers to CFI 30 September 2009, Case T-168/05 *Arkema SA v Commission*, paragraph 70.

¹⁸ It has accordingly been held that where the control actually exercised by a parent company over a subsidiary in which it has a 25% holding represents a minority interest, far short of a majority interest, it cannot be concluded that the parent company and its subsidiary belong to a single group, within which they form an economic unit. None the less, a minority interest may enable a parent company actually to exercise a decisive influence on its subsidiary’s market conduct, if it is allied to rights which are greater than those normally granted to minority shareholders in order to protect their financial interests and which, when considered in the light of a set of consistent legal or economic indicia, are such as to show that a decisive influence is exercised over the subsidiary’s market conduct. Proof of the actual exercise of a decisive influence may therefore be adduced by the Commission by relying on a body of indicia, even if each of those indicia taken in isolation does not have sufficient probative value. See ECJ 12 July 2011, Case T-132/07 *Fuji Electric v Commission* [2011] ECR II-4091, paragraphs 182 and 183.

¹⁹ In this case the Court clarified that where a parent company has a 100 per cent shareholding in its subsidiary there is a rebuttable presumption that that parent company exercise a decisive influence over the conduct of its subsidiary. See *op. cit. Akzo Nobel NV and Others v Commission*, paragraphs 58 - 59.

²⁰ ECJ 5 March 2015, Cases C 93/13 P and C-123/13 P *European Commission v Versalis SpA and Eni SpA and Versalis SpA and Eni SpA v European Commission*.

prove capital expenditure, the parent companies are also severally and jointly liable of the infringement of the joint venture to the competition regulation.

26. The fundamental point in a relation to 50-50 partners is the fact that each parent company holds equal quantity of shares and votes in the joint venture and this means that any of each parent companies could block any of the joint venture's strategic decisions. In that sense, it was stated in *EI du Pont de Nemours* that: '*Where two parent companies each have a 50% shareholding in the joint venture which committed an infringement of the rules of competition law, it is only for the purposes of establishing liability for participation in the infringement of that law and only in so far as the Commission has demonstrated, on the basis of factual evidence, that both companies did in fact exercise decisive influence over the joint venture that those three entities can be considered to form a single economic unit and therefore forma single undertaking for the purpose of Article 101 TFEU.*'²¹

27. This lack of autonomy of the joint venture opposes surely to what the parties indicate under the Merger Regulation proceedings. In this regard, the Court stated that the independence declared to the Commission by the parent companies in the merger procedure does not mean that the joint venture would configure an 'autonomous economic entity' which enjoys autonomy in adopting strategic decisions and would not be under the decisive influence of its parent companies. As we can see the practical approach of the economic unit and the notion of one undertaking irrespective of the companies or entities involved, as mentioned before, is applicable as well to the joint ventures.

28. However, a more problematic situation could represent the case of a joint venture with partners with different shareholding and the several and joint liability of the minority parent company. This matter was considered by the General Court in a recent case, *Toshiba* of 9 September 2015.²² Toshiba was a partner with a minor participation jointly with Panasonic, as the majority shareholder. The joint venture was fined and both companies were several and jointly liable as parent companies, irrespective the percentage of their shareholdings. In its action, Toshiba argued its responsibility on the joint venture as it had a minor participation with no possibility to have a decisive influence over the joint venture management. The Court in this regard resolved to dismiss the appeal on the grounds of a statutory power of veto of both parent companies had with respect to matters of strategic importance which were essential for the pursuit of joint venture's activities.

29. In this case, the Court held that under certain circumstances a minority shareholding may enable a parent company to exercise decisive influence and the actual exercise of such influence can be inferred directly from the joint venture provisions or a related agreement between parents. Here, the possibility of exercising decisive influence over the commercial policy of a joint venture does not require proof of an interference in the day-to-day management of that joint venture's operation, nor of influence over the joint venture's commercial policy in the strict sense, such as its distribution or pricing strategy, but rather influence over the general strategy which defines the orientation of the undertaking. It was also ruled that a parent company may exercise decisive influence over its subsidiaries even when it does not make use of any actual rights of codetermination and refrains from giving any specific instructions or guidelines on individual elements of commercial policy. Ultimately, the decisive factor that it was given is whether the parent company exercises an influence that suffices to direct the conduct of its subsidiary to such an extent that the two must be regarded as one economic unit.²³

²¹ ECJ, *op. cit.*, *EI du Pont de Nemours and Others v Commission*, paragraph 47.

²² In this regard, within the context of the action brought by Toshiba, the Court annuls the Commission decision in so far as it imposed it a fine for its direct participation in a cartel on the market for cathode ray tubes between 1996 and 2006 because it has not been established to the requisite legal standard that Toshiba was aware or had actually been kept informed of the existence of the overall tubes cartel and that it intended to contribute by its own conduct to all the common objectives pursued by the participants in the cartel or that it could reasonably have foreseen those objectives and was prepared to take the risk. ECJ 9 September 2015, Case T-104/13, *Toshiba Corp. v. European Commission*.

²³ See, *op. cit.*, Case T-104/13, *Toshiba Corp. v. European Commission*, paragraph 121.

VII. A rebuttable presumption or a case of objective responsibility?

30. The parent company has the burden of rebutting the presumption by proving with evidence that it did not exercise decisive influence over the affiliate's commercial policy for alleged infringement to the competition rules. But the way in which the Commission and the Courts apply the rebuttable presumption for the attribution of liability to parent companies for competition infringements committed by their, wholly-owned or not, affiliates or subsidiaries in practices makes almost impossible to successfully rebut the said presumption.

31. The notion of parent company's influence over its subsidiaries it is so extensive that includes corporate strategy, operational policy, business plans, investment, capacity, provision of finance, human resources and legal matters with indirect effects on the market conduct of the subsidiaries and of the whole group.²⁴ This approach weakens any chance of the parent company to try to probe the autonomy of the affiliate or subsidiary.

32. In case that a parent company takes the decision to challenge the parental liability should give evidence of the independence of its subsidiary. The first question that they should resolve is what has to be probed: whether the lack of decisive influence over the subsidiary particularly with regard to the anti-competitive conduct carried on by subsidiary or generally to the whole commercial policy of the subsidiary. As the aforementioned, the Courts seem to hold the latest. It would not be considered to exclude the parent liability in the case that the subsidiary has broken the chain of command as the parent could still have power of control or a power of veto over its affiliate.

33. The defences that the parent company are mainly as follows: (a) the parent company is a holding investment company which has no participation on the commercial matters or policies of its affiliates; (b) the lack of command between the board of directors or manager between both companies; (c) both companies act independently in two different markets and they have autonomy enough to take decision by their own; (d) the exchange of information is only limited to financial and it was prohibit the exchange of commercial information; (e) the parent company does not get any benefit from the infringement of its subsidiary, among others.²⁵

34. However, the European Courts are reluctant to accept these arguments from the parent companies. The exertion of the decisive influence may be inferred from a decidedly vague set of indirect, circumstantial evidence that is represented by the concept of economic, organisational and legal links favoured by the Courts in their recent judgments. In fact, authors argue that the task of adducing proof of a negative fact, i.e. the lack of control, amounts to *probatio diabolica* and, consequently, renders the presumption *de facto* irrefutable.²⁶

35. Following that reasoning, if the view of the Commission and the Courts in this regard is too inflexible, the parent company may be required for an effective negative proof of their innocence, which could lead to several situations of injustice. The point of departure of the Commission and Courts in any antitrust investigation should be presumption of innocence of all persons involved. Innocent persons, natural or legal entities, should be presumed innocent until proven guilty and they also have the benefit of the doubt in its favour. It is not the duty of the accused to prove its innocence, regardless of whether the law has an administrative nature.²⁷

²⁴ See opinion of advocate general Kokott, ECJ 23 April 2009, Case C97/08 P, *Akzo Nobel NV and Others v Commission of the European Communities*.

²⁵ A. GUERRA y E. PEINADO, *Foro de Actualidad Unión Europea, La responsabilidad de las sociedades matrices por las infracciones de las normas de Defensa de la Competencia por sus filiales*, Uria Menéndez Abogados, www.uria.com/documentos/publicaciones/3361/documento/foro01.pdf?id=3876.

²⁶ ECJ 29 September 2011, Case C520/09 P *Arkema SA v Commission*, paragraph 38.

²⁷ A. MICKONYTÉ, *Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law*, Vol. 1, 2012, pages 33-69.

36. The Commission is able to use a rebuttable presumption of the decisive influence of the parent but it should not be presented in the facts as an absolute non-rebuttable presumption (*iuris et de iure*). The Commission and Courts should be opened to study deeply the defences that the parent companies present since the *iuris tantum* presumption that the Commission and the Court use to fine the parent companies for the infringements of their subsidiaries should not be taken as an objective responsibility, since it would be contrary to the principle of personal responsibility which EU competition rules are based.

37. In this sense, it should be pointed out the *General Química* Court decision which rules rightly that the rebuttable presumption does not lead to the automatic attribution of liability to the parent company holding 100% of the capital of its subsidiary, which would be contrary to the principle of personal responsibility on which EU competition law is based. In this case the Court of Justice found that the General Court had committed an error of law by reducing the possibilities, for a parent company, of rebutting the presumption of decisive influence over the conduct of a subsidiary of which it holds 100% of the capital.²⁸

VIII. Conclusion

38. The EU competition rules sanction undertakings and not persons since the first ones are subject of the European competition rules. As the term *undertakings* is not defined in the TFEU and from a legal perspective it could result imprecise, the Commission and Courts have made a functional and broad interpretation to apply the term to entities engaged in economics and business activities irrespective of their legal status and the way in which are financed.

39. It is essential to the analysis of Articles 101, 102 TFUE and the Merger Regulation to know the extension of such a term as only ‘undertakings’ may be subject to these regulatory instruments. Therefore, it would depend on the definition of such a term if it would apply the policy of conspiracy between two different undertakings set in the Article 101 TFEU or the dominant position prevention established in the Article 102 TFEU.

40. The practical approach is also used in relation to parental liability in order to circumvent restrictions based on the ‘legal personality’ perspective. The analysis that the Commission and European Courts make is whether the parent company and its affiliates constitute one single economic unit. The corporate structure performed by the company is released to a secondary aspect. It is common that international companies currently do business with very complex corporate structures with multiple companies making one undertaking worldwide and these companies have very low independence from the head office.

41. Hence irrespective of the number of companies formed, if there is an undertaking as one economic unit, the parent company is liable severally and jointly with the subsidiary which has committed the infringement to the competition rules, without having to establish the personal involvement of the parent company in the infringement.²⁹ With this approach the Commission and the Courts are able to go further on the legal personality, accuse and fine directly to the company owner of the shares and control of the subsidiary which has committed the alleged infringement if it is understood that they are a single undertaking.

42. As we mentioned, in fact the principal reasons that the Commission and the national authorities go against the parent company is to elevate many times over the possible fine as the turnover of the parent company is clearly higher than its affiliate and also to increase the chances to be paid in case the parent company settles or receives a fine.

²⁸ ECJ 20 January 2011, Case C90/09 P *General Química SA and others v EC*, paragraph 52.

²⁹ ECJ, *op. cit.*, *EI du Pont de Nemours and Others v Commission*, paragraph 41.

43. In order to consider the unity of the undertaking, the parent company has to exercise sufficient and decisive control over its affiliates and subsidiaries. In the case of a wholly-owned affiliate, the Commission and the European Courts apply an automatic rebuttable presumption that the parent company is in a position to exercise decisive influence and the parent actually exercises such influence. The presumption that the parent company exercises a decisive influence also applies in cases in which the parent holds ‘almost entirely of the capital of a subsidiary’ or a high proportion of the shares.³⁰

44. The parent company bears burden of proof for rebuttal. But, rebutting the presumption is very difficult to do it in practice, if not impossible. Many companies have argued to the Court that the approach taken by the Commission involves what is ‘practically no-fault liability’, that is to say, objective responsibility. This point is incompatible with the principle of personal liability. The frequent rejection of the arguments used by the parent companies to rebut the presumption that they do not in fact exercise decisive influence is turning the presumption into *irrebuttable*.

45. It must be pointed out from a legislative technique that it would have been more appropriate to address the competition rules to *persons* and not to *undertakings*. The latest is an abstract notion imported from the economy, more related to be *object* (a very complex object indeed) than subject of rights and obligations. In this sense, natural or artificial persons are invested of sufficient capacity to enjoy rights and be subject to obligations in accordance with the law.

46. Nevertheless, the use of a functional approach has helped the Commission in the public enforcement of the competition law and the joint and several liability of the parent company has been used as a tool by the Commission to take action to antitrust conducts or to dismantle the infrastructure of cartels. Also the media impact over the parent companies is a strong pressure measuring instruments which the Commission and national authorities often use.

47. However, the parental liability should be built from the allocation of its responsibility over the subsidiary and the performance of the anti-competitive conduct since the subsidiary does not decide independently upon its own conduct on the market, and it carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company. The principle of “piercing the corporate veil” could be used to pursue the parent company in case of breaking the corporate rules.

48. In cases of a wholly-owned subsidiary, the presumption of the parental decisive influence over the wholly-owned subsidiary could be applied by the Commission and national authorities. But, in other cases, when the subsidiary is partly owned, the Commission should probe the dependence of the subsidiary to the parent company to invoke its several and joint liability. So it would be a better practice that something more than the extent of the shareholding must be shown. Also, a real possibility to rebut that presumption should be given to the parent company to demonstrate that although it is wholly-owned or not, the affiliate has autonomy to do business by itself without the parental interfering.

49. As a final thought, in order to avoid falling in an injustice situation, in a first instance, the Commission should not limit itself to just implementing the rebuttable presumption over the liability of the parent companies for the infringements of their subsidiaries. The existence of the presumption of decisive influence does not in any way release the Commission from the obligation to provide a reasoned account of evidence to prove the lack of autonomy of their subsidiaries.

³⁰ A parent company which holds almost all the capital of its subsidiary is, as a general rule, in a similar situation to that of a sole owner as regards its power to exercise a decisive influence over the conduct of its subsidiary, having regard to the economic, organisational and legal links which join it to that subsidiary. Consequently, the Commission is entitled to apply to that situation the same evidential regime, namely to rely on the presumption that that parent company makes effective use of its power to exercise a decisive influence over the conduct of its subsidiary. ECJ 11 July 2014, Case T-543/08 *RWE and RWE Dea v Commission*, paragraph 38.

50. In that sense, it should assure that the subsidiary and its parent company are in fact an economic entity, they comprise of personal and physical elements (staff and assets), that is pursuing a single economic goal and that the parent is capable of contribution to the infringement.³¹ And, in the second place, it should show its openness to review different evidences and arguments submitted by the parent companies in effort to rebut the presumption and its viability in the appeal procedures.

³¹ ECJ 17 December 1991, Case T-6/89 *Enichem Anic SpA v Commission of the European Communities*, paragraph 235 and 236.

REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO Y RESIDENCIA HABITUAL DEL CAUSANTE

EUROPEAN REGULATION IN MATTERS OF SUCCESSION AND HABITUAL RESIDENCE OF THE DECEASED

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 26.11.2015 / Aceptado: 04.12.2015

Resumen: La residencia habitual del causante es uno de los criterios clave en el funcionamiento del Reglamento sucesorio europeo. Opera tanto como foro de competencia internacional como punto de conexión que determina la Ley aplicable a las sucesiones mortis causa. La residencia habitual del causante es un criterio líquido propio de tiempos líquidos como los actuales, caracterizados por la velocidad, el cambio, la movilidad y la fugacidad de las relaciones personales y sociales. Es un criterio que facilita la libre circulación de personas en el escenario internacional. Es por tanto, un criterio apropiado para el Derecho internacional (europeo) del siglo XXI. Sin embargo, al mismo tiempo, la residencia habitual es un criterio móvil, inestable, cambiante y líquido que exige del jurista un trabajo poderoso para determinar el país donde se concreta.

Palabras clave: residencia habitual, sucesiones mortis causa, Reglamento sucesorio europeo, competencia judicial internacional, ley aplicable, Derecho europeo.

Abstract: The habitual residence of the deceased is one of the key criteria in the functioning of the European Succession Regulation. It operates both as a ground for international jurisdiction as a connecting factor that determines the law applicable to succession. The habitual residence of the deceased is a proper criterion for liquid times like the present, characterized by speed, change, and mobility of personal and social relationships. It is an approach that improves the free movement of persons on an international scenario. It is therefore an appropriate factor for (European) private international law in the XXIst century. However, while the habitual residence test is mobile, unstable, shifting and fluid it requires a powerful work of legal experts in order to specify the country where the habitual residence should be located.

Keywords: habitual residence, succession, European private international law, international jurisdiction, applicable law, European law.

Sumario: I. Introducción. II. El foro de la residencia habitual del causante. 1. Un foro general y subsidiario. 2. Justificación del foro de la última residencia habitual del causante. III. Ley del país de la residencia habitual del causante y Lex Successionis. 1. La ley de la última residencia habitual del causante como criterio de conexión. 2. Ventajas operativas del punto de conexión “última residencia habitual del causante” y ley aplicable a la sucesión mortis causa. 3. Críticas al punto de conexión “última residencia habitual del causante”. IV. Determinación del país de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. 1. Aspectos generales. 2. Última residencia habitual del causante. el “centro de la vida del causante”. 3. Elementos constitutivos del concepto de “última residencia habitual del causante”. 4. Acreditación de los elementos constitutivos del concepto de “última residencia habitual del causante”. El mecanismo de la “evaluación general”. 5. Casos difíciles de precisión de la residencia habitual. V. Reflexión final.

I. Introducción

1. Existen conceptos jurídicos que operan como auténticas claves de bóveda en determinados textos legales e incluso en determinados sectores del Derecho. Conceptos jurídicos sobre los que gira toda una regulación legal. Su importancia es, pues, estructural. Su correcta interpretación es, qué duda cabe, imprescindible. La residencia habitual es una “conexión social” y no necesariamente una conexión “cultural”. Representa la vinculación de una persona con el país donde vive, donde radican sus contactos personales, donde tiene su centro de operaciones vitales. Dicho país puede no ser el país de origen de la persona. Puede ser un país con cuya cultura, costumbres e ideas prevalentes la persona no se siente en absoluto identificado. Sin embargo, vive allí y allí es donde tiene su centro vital.

2. La residencia habitual es una noción fáctica y no jurídico-formal. Se define por hechos y no por mecanismos legales o presunciones *juris et de jure*. La residencia habitual no opera de modo automático. No es una fórmula matemática. No existe un “carnet de residencia habitual”, al contrario de lo que sucede con la nacionalidad, que puede probarse por inscripción en el Registro Civil o exhibición del pasaporte u otra documentación oficial.

3. La residencia habitual es una conexión que no se basa en soberanía del Estado sobre su territorio. Ello se demuestra de manera sencilla al comprobarse que una persona puede cambiar de país de residencia habitual por su libre voluntad, de modo que escapa así a la Ley del dicho Estado de su primera residencia habitual. Por el contrario, la nacionalidad responde a la idea de Soberanía del Estado sobre sus nacionales. Por ello no es sencillo escapar a la nacionalidad de un Estado y mucho menos por la libre voluntad del sujeto. La nacionalidad persigue al sujeto por el mundo, vaya donde vaya, como la sombra persigue al cuerpo en las tradicionales palabras mancinianas, porque un Estado conserva su población aunque ésta se halle dispersa en varios países y sobre dicha población ejerce su soberanía.

4. El tiempo actual es rápido, cambiante y antiformalista. Es el tiempo de la *liquid society*, en la célebre expresión de ZYGMUN BAUMAN¹. Un tiempo cambiante repleto de relaciones líquidas necesita una conexión también líquida que permita y potencie la libre circulación de las personas en la UE y en el mundo. Las personas cambian con frecuencia de país de residencia habitual porque con frecuencia también cambian de familia, de cónyuge, de pareja, de ambiente, de trabajo, de intereses y de vida. Una conexión fáctica y anti formalista facilita un comportamiento personal líquido en una sociedad líquida, un cambio veloz de país, de Ley aplicable y de tribunales competentes.

5. En esta línea, el concepto de “última residencia habitual del causante” constituye es uno de esos conceptos-clave en relación con el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Este Reglamento constituye la norma central del Derecho de la Unión europea en la regulación del sector sucesorio materia². Es conocido como el “Reglamento europeo sobre sucesiones” (= de ahora en adelante será citado como “RES”) y ha dado ya lugar a una muy abundante literatura específica entre los expertos en Derecho internacional privado (DIPr.)³.

¹ Z. BAUMAN, *Tiempos líquidos*, Barcelona, Tusquets, 2007, pp. 33-36.

² Texto oficial en DOUE L201 de 27 julio 2012.

³ *Vid. inter alia*, como obras generales sobre este Reglamento, A.-L. CALVO CARAVACA / A. DAVÍ / H.-P. MANSEL (Eds.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, en prensa; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 2014; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J.J. MARTÍNEZ NAVARRO (Dir.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, Comares, 2^a ed., 2015; A. DEIXLER-HÜBNER / M. SCHAUER, *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2015; A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?”, accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663; H. DÖRNER, “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n. 10, pp. 505-513; A. DUTTA, “Das neue internationale Erbrecht des Europäischen

6. En el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 16 de diciembre de 2014 ha sido publicado el Reglamento de ejecución (UE) Núm. 1329/2014 de la Comisión de 9 de diciembre de 2014 por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento Sucesorio Europeo. Este Reglamento de ejecución, que ha entrado en vigor el 17 de agosto de 2015, recoge los formularios precisos para una correcta aplicación del Reglamento sucesorio europeo. En concreto se trata de los que siguen: (a) Formulario de la certificación relativa a una resolución en materia de sucesiones [art. 46.3.b) RES); (b) Formulario de la certificación relativa a un documento público en materia de sucesiones (arts. 59.1 y 60.2 RES); (c) Formulario de la certificación relativa a una transacción judicial en materia de sucesiones (art. 61.2 RES); (d) Formulario de solicitud del certificado sucesorio europeo (art. 65.2 RES); (e) Formulario del certificado sucesorio europeo (art. 67.1 RES).

7. Por otro lado, la Disp. Final 26^a de la LEC 1/2000, introducida por la Disposición Final Segunda de la LCJI (Ley 29/2015 de 30 julio 2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil), contiene ciertas medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento sucesorio europeo⁴. La citada Disp. Final 26^a LEC está en vigor desde el 20 agosto 2015.

8. El carácter *erga omnes* del Reglamento 650/2012 y la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros constituyen circunstancias que presentan tres consecuencias relevantes, bien concretadas por A. RODRÍGUEZ BENOT y C. AZCÁRRAGA MONZONIS⁵.

Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”, *FamRZ*, 2013-1, pp. 4-15; P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013; P. FRANZINA, “Ragioni, valori e collocazione sistematica della disciplina internazionalprivatistica europea delle successioni mortis causa”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1-24; S. GODECHOT-PATRIS, “Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes...”, *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 2462-2469; S. GODECHOT-PATRIS, “L’administration des successions”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 87-104; J. HAGER (Hrsg.), *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2013; U. JANZEN, “Die EU-Erbrechtsverordnung”, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2012, pp. 484-493; CH. KERN / D. GLÜKER, “Das neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur”, *RabelsZ*, 2014-1, pp. 294-314; G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD (Dir.), *Droit européen des successions internationales: le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013; L. KUNZ, “Die neue Europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick (Teil I)”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 4, pp. 208-218; L. KUNZ, “Die neue Europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick (Teil II)”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 5, pp. 253-257; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales”, *CDT*, 2013-II, pp. 350-370; P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16; M. LEITZEN, “EuErbVO: Praxisfragen an der Schnittstelle zwischen Erbund Gesellschaftsrecht”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n. 10, pp. 520-524; J. MÜLLER-LUKOSCHEK, *Die neue EU-Erbrechtsverordnung: Einführung in die neue Rechtslage*, Bonn, Zerb-Verl., 2013; M. REVILLARD, “Successions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions”, *Défrenois*, 30 août 2012, n° 15-16, pp. 743-754; J.S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)*, Cuadernos de Derecho Registral, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012”, *Indret*, 2/2013, www.indret.com, abril 2013; P.W. VOLLMER, “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick”, *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 2012, n. 9, pp. 227-234; F.M. WILKE, “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, n.º 9, pp. 601-609; A. ZANOBETTI PAGNETTI / A. DAVI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Ed. Giappichelli, Torino, 2014.

⁴ BOE núm. 182 de 31 julio 2015.

⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Approach to the proposal for a Regulation of the European Union on succession”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, M. CZEPLAK, A. RODRÍGUEZ BENOT Y M. ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (eds.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, Amberes, 2011, pp. 133-152; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero”, en R. VIÑAS Y G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 175-217; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La superación de las divergencias en los principios de solución del Derecho conflictual sucesorio”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, M. DI FILIPPO, A. RODRÍGUEZ BENOT Y M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 2008, pp. 121-150; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los avances de la normativa comunitaria en el reconocimiento de resoluciones judiciales en otros sectores del Derecho de familia: régimen económico matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones”, en E. CANO BAZAGA (dir.), *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión*

(a) En relación con la competencia judicial internacional, las autoridades judiciales españolas deben aplicar el Reglamento 650/2012 a los supuestos de sucesión *mortis causa* que se les susciten y no el art. 22 LOPJ, que queda completamente desactivado para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el sector sucesorio en relación con la jurisdicción contenciosa (A. BONOMI)⁶.

(b) En relación con la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, las autoridades españolas aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012 y no el art. 9.8 CC.

(c) En lo que respecta al reconocimiento y ejecución en España de resoluciones y documentos públicos que versan sobre cuestiones sucesorias, el carácter *erga omnes* del Reglamento debe matizarse. En efecto, el Reglamento sólo se aplica al reconocimiento y ejecución en España de resoluciones y documentos públicos expedidos en otros Estados miembros participantes en el Reglamento 650/2012 y no a la validez y efectos legales en España de resoluciones dictadas en el sector sucesorio por autoridades de terceros Estados no miembros. Dicho esto, la validez en España de documentos y resoluciones expedidos en otros Estados miembros participantes en el Reglamento 650/2012 que versan sobre cuestiones sucesorias se rige por lo dispuesto en dicho Reglamento y no por lo establecido en las normas españolas de producción interna (arts. 41-61 LCJIMC) ni por lo establecido en los convenios internacionales firmados por España⁷. Como precisa con solvencia A. BONOMI, este Reglamento 650/2012 constituye un elemento que, de nuevo, confirma que el espacio reservado a las normas nacionales de DIPr. de cada Estado miembro se reduce progresivamente⁸.

9. El ejercicio práctico de la función jurídica de los abogados, tribunales, registradores de la propiedad y notarios en España y en la UE queda profundamente afectado por las disposiciones de este Reglamento 650/2012⁹. Nada será igual para estos profesionales del Derecho a partir del 17 agosto 2015. El futuro ya no es lo que era.

10. La última residencia habitual del causante constituye un criterio que el legislador europeo emplea tanto para fijar la competencia de los tribunales y autoridades que aplican este Reglamento (art. 4 RES), como para determinar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en determinadas circunstancias (art. 21 RES).

II. El foro de la residencia habitual del causante

1. Un foro general y subsidiario

11. El Reglamento 650/2012 contiene diversos foros de competencia judicial internacional. Éstos están ordenados en cascada. Ello significa que si concurre el primer foro de competencia judicial internacional, sólo serán competentes los tribunales a los que conduce tal foro. Si éste no concurre, se pasará al segundo y así sucesivamente. Los foros de competencia judicial internacional recogidos por el Reglamento son los que sigue: 1º) Foro de la nacionalidad del causante (art. 7 RES); 2º) Foro de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 4 RES); 3º) Foro del lugar de situación de los bienes de la herencia (art. 10 RES); 4º) Foro de necesidad (art. 11 RES).

Europea, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 159-184; A. RODRIGUEZ BENOT, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia sucesoria”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, E. CANO BAZAGA, A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. RODRIGUEZ BENOT Y M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (coords.), *Hacia la supresión del exequáutur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, pp. 47-77; C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “International Successions in Spain: the impact of a new EU Regulation”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 15, 2009, pp. 39-62.

⁶ A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 297.

⁷ C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “International Successions in Spain: the impact of a new EU Regulation”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 15, 2009, pp. 39-62; A. RODRIGUEZ BENOT, “Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 675-704.

⁸ A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 294.

⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, marzo 2014, vol. 6, n. 1, pp. 5-44.

12. En dicho contexto, los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión (art. 4 RES). Este foro es subsidiario. Sólo opera si los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del causante carecen de competencia judicial internacional para conocer del litigio sucesorio (art. 7.a RES *a contrario sensu*). Ello explica que el art. 4 RES lleve como rúbrica “competencia general” y no “foro prevalente” o “competencia principal”. El Cons. [23] RES también se refiere a este foro de competencia judicial internacional como un “nexo general”: “...el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento”. Por ello, tal y como muy bien ha remarcado O. FERACI, se ha evaporado la inicial intención del legislador europeo de crear, en el Reglamento 650/2012, un “foro único general” que conduzca a individualizar un solo tribunal competente para los litigios sucesorios en los Estados miembros-. Ello habría evitado de manera total cualquier ejercicio de *forum shopping*. Al final, el resultado ha sido otro: un sistema de foros de competencia judicial internacional más bien híbrido o complejo en el que la residencia habitual del causante ha perdido fuerza como foro sucesorio. Ha pasado, en efecto, de querer ser un foro único, a constituir un foro subsidiario que debe convivir con otros foros¹⁰. Como indica A.-L. CALVO CARAVACA, este foro puede ser contemplado, igualmente, como un foro “derogable”. Es un foro principal pero que puede ser descartado por las partes¹¹.

13. Este foro sólo otorga competencia judicial internacional a los tribunales de un “Estado miembro”. Si el causante tiene su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado no miembro de la UE, el foro recogido en este art. 4 RES no es operativo y no otorga competencia judicial internacional a ningún tribunal de ningún país.

14. Este foro evita el conflicto móvil, pues el art. 4 RES exige que el causante tuviera su residencia habitual en un Estado miembro “en el momento del fallecimiento”. Residencias habituales anteriores no son relevantes a efectos del art. 4 RES. La nacionalidad del causante no es tampoco relevante a estos efectos. La Ley elegida, en su caso, por dicho causante para regular su sucesión ex art. 22 RES, tampoco influye de ningún modo sobre este foro de competencia judicial internacional.

15. La competencia judicial internacional de los tribunales del Estado miembro de la última residencia habitual del causante es una competencia judicial internacional completa. En efecto, tales tribunales tendrán competencia para resolver “sobre la totalidad de la sucesión” (art. 4 RES) queda por aclarar si esta competencia cubre también las cuestiones incidentales o previas. Puede afirmarse que, en tanto en cuanto sea preciso fallar sobre tales cuestiones para resolver la cuestión principal sucesoria, el tribunal dispone de tal competencia internacional. Lo fallado de modo incidental no debe producir efecto de cosa juzgada sobre dicha cuestión, como con claridad expone H. GAUDEMEL-TALLON¹².

16. Este foro otorga competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro. La precisión de la competencia territorial, funcional y objetiva constituye una cuestión a resolver con arreglo al Derecho Procesal del Estado miembro correspondiente a la última residencia habitual del causante.

2. Justificación del foro de la última residencia habitual del causante

17. Los tribunales del Estado miembro de la última residencia habitual del causante se encuentran en una situación óptima para conocer del pleito sucesorio. Por varias razones que pueden ser concretadas en las que siguen.

¹⁰ O. FERACI, “La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa”, CDT, 2013-II, pp. 291-314, esp. p. 300.

¹¹ A.-L. CALVO CARAVACA, “Articles 4, 20 and 21”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (Eds.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, en prensa.

¹² H. GAUDEMEL-TALLON, «Quelques réflexions sur les propositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière successorale dans l'Union européenne», en *DNotI, Les Successions Internationales dans l'UE*, pp. 445-459 (en <http://www.successions.org/>).

18. a) Fácil ejecución de la futura sentencia. Los bienes que integran la herencia de una persona se encuentran, normalmente, en su totalidad o en su mayor parte, en el Estado donde el causante tenía su última residencia habitual (= su último su centro de vida social y familiar). Por tanto, los tribunales de dicho Estado miembro podrán desplegar su actividad jurisdiccional directamente sobre tales bienes sin necesidad de practicar pruebas o notificaciones judiciales en otros Estados. La ejecución de sus decisiones será directa (= sin necesidad de *exequatur* o similar, pues son decisiones “nacionales” en dicho Estado miembro).

19. b) Sencilla localización y ejecución del testamento. Será frecuente que el causante haya dictado, en su caso, su testamento en el país de su última residencia habitual. Por ello, la localización, identificación y ejecución del testamento también se ve muy facilitada si los tribunales competentes para ello son los del Estado miembro de la última residencia habitual del causante (= pues localizan, identifican, protocolizan y ejecutan un “testamento nacional”).

20. c) Litigación a coste reducido para los particulares y potenciadora de la buena administración de la Justicia. No será extraño, por otro lado, que los presuntos beneficiarios de la herencia y los acreedores del causante o la mayor parte de ellos, tengan también su residencia habitual en el Estado de la última residencia habitual del éste. Por ello, en caso de litigio sucesorio, tales sujetos podrán “litigar en su propio país”. Esa solución ahorra costes de litigación internacional a futuros posibles herederos y a los acreedores de la herencia. En verdad, este foro permite atribuir competencia internacional a los tribunales de un Estado miembro con el que el supuesto sucesorio presenta “una conexión suficiente”. De ese modo, el Reglamento otorga competencia judicial internacional a los tribunales de Estados miembros que presentan un “nexo real” (= la última residencia habitual del causante) con el litigio sucesorio. El principio de proximidad ahorra costes de litigación internacional a las partes. Por otro lado, este foro atribuye competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros que pueden administrar Justicia del modo más eficaz, eficiente, y con mayor calidad. Una buena administración de la Justicia ahorra costes a la Administración de Justicia de los Estados miembros¹³. Como ha señalado con acierto A.-L. CALVO CARAVACA, la preferencia por la residencia habitual como foro de competencia internacional “*es una manifestación del principio de racionalización del Derecho (der Grundsatz der Rationalisierung des Rechts) o preferencia por las creaciones jurídicas rápidas y sencillas que evitan errores*”¹⁴.

21. d) La residencia habitual, un criterio con una amplia y sencilla “visibilidad externa”. La residencia habitual es un criterio con “visibilidad externa”. Ello significa que los terceros, y en particular, los posibles herederos y legatarios, así como los acreedores de la herencia, pueden identificar y averiguar, de un modo sencillo, cuál es el Estado donde el causante tiene su residencia habitual. El Estado donde el causante tiene su centro de vida social y familiar (= su residencia habitual) es un elemento fácilmente “visible para todos”. Todos los interesados en la herencia pueden saber por anticipado y con cierta simplicidad, cuál es el Estado miembro de la residencia habitual del causante, y por tanto, cuáles son los tribunales que van a conocer, en su caso, de un posible litigio sucesorio. El criterio del residencia habitual presenta una visibilidad externa para terceros más elevada la que puede mostrar el criterio de la nacionalidad del causante o el criterio del *domicile* inglés. El causante, en efecto, puede haber cambiado de nacionalidad de “un modo oculto”. Puede suceder, incluso, que le sujeto haya cambiado de nacionalidad sin que dicho cambio se haya hecho constar en un concreto Registro Civil. En tal caso, los terceros no saben ni pueden saber de un modo sencillo cuál es la nueva nacionalidad del causante. Por el contrario, la residencia habitual es un “criterio fáctico externo”. Si el causante cambia de Estado de residencia habitual, dicho cambio es visible, evidente, y manifiesto para todos los particulares con intereses en relación con la herencia. El legislador europeo ha empleado el foro de la residencia habitual como “regla general” (art. 4 RES) y no el de la nacionalidad del causante, también, porque dicho criterio ayuda a la “precisión prospectiva” de los tribunales competentes para terceros en asuntos sucesorios.

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA, “Articles 4, 20 and 21”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL (Eds.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, en prensa.

¹⁴ *Vid.* nota precedente.

22. e) Eliminación de discriminaciones legales y encaje con el mercado interior y el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. El criterio de la residencia habitual del causante evita “discriminaciones legales” entre causantes y entre sucesiones. En efecto, todos los causantes integrados en una sociedad (= sociedad del país de su residencia habitual) son tratados del mismo modo sea cual fuere su nacionalidad desde el punto de vista del acceso a los tribunales de Justicia. Se trata de un foro de competencia judicial internacional estrictamente neutral para todos los sujetos con intereses en una sucesión *mortis causa*. No favorece ni a unos ni a otros causantes. El criterio de la residencia habitual impide que, en los Estados miembros, se trate mejor a las sucesiones de los nacionales que a las sucesiones de los extranjeros, a los herederos nacionales o a los herederos extranjeros. Este foro encaja como un guante con la idea de “mercado interior europeo” (art. 26.2 TFUE) de modo mucho más certero que el foro de la nacionalidad del causante. Como precisa A.-L. CALVO CARAVACA, es un foro democrático y no discriminatorio pues “*la residencia habitual no discrimina a la persona por razón de la nacionalidad* (artículo 18 TFUE) (= más igualitario)” y permite que “*sean los mismos ciudadanos europeos quienes elijan donde vivir y que, por tanto, establezcan indirectamente una conexión estrecha con los tribunales y la legislación de un Estado miembro* (= más democrático)”¹⁵.

III. Ley del país de la residencia habitual del causante y *lex successionis*

1. La ley de la última residencia habitual del causante como criterio de conexión.

23. El art. 21.1 RES dispone que la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la Ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Varios datos resultan ahora importantes en torno a esta conexión.

24. a) Principio de unidad y universalidad de la sucesión. Subraya el art. 21.1 RES que la Ley del país de la residencia habitual en el momento del fallecimiento regulará “*la totalidad de la sucesión*”. La Ley de la residencia habitual del causante rige la sucesión de los bienes muebles, inmuebles, corporales e incorporales, así como de los derechos. Es también irrelevante cuál sea el país de situación de los bienes de la herencia, un Estado miembro o no miembro. Esta directriz vertebradora del art. 21.1 RES impide el reenvío de primer y de segundo grado en el caso de que éste condujera a un fraccionamiento legal de la sucesión, que llevaría a la generación de diversas masas sucesorias sujetas, cada una de ellas, a su propia y diferente Ley estatal reguladora (*vid.* también [37] RES).

25. b) Carácter subsidiario. El punto de conexión “residencia habitual del causante” sólo operativo en el caso de que la sucesión no se rija por la Ley nacional del causante elegida por éste en los términos del art. 22 RES.. En tal sentido, es un punto de conexión “subsidiario”. Por ello, la rúbrica del art. 21 RES, que recoge el punto de conexión “residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento”, se refiere a este punto de conexión como una mera “*regla general*”, no como una “*regla principal*” o “*preferente*”. Por el mismo motivo, el inicio del art. 21.1 RES indica que el punto de conexión “residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento” debe operar “[s]alvo disposición contraria del presente Reglamento”. Es claro que, aparte ciertas reglas especiales sobre la Ley aplicable a aspectos muy concretos de la sucesión, como el art. 29 RES (Ley aplicable al nombramiento y las facultades de los administradores de la herencia en ciertas situaciones) y el art. 30 RES (Ley aplicable a las restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes) , el art. 21 RES es también una “*disposición contraria*” recogida en el Reglamento, que hace aplicable la Ley nacional del causante en ciertos casos y permite la no aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del causante a la sucesión *mortis causa*.

26. c) Carácter variable y sencillo cambio de la residencia habitual. El punto de conexión residencia habitual del causante presenta un carácter flexible. Resulta relativamente sencillo cambiar de

¹⁵ *Vid.* nota precedente.

residencia habitual y desde luego, es mucho más sencillo que cambiar de nacionalidad. La opción en favor de este punto de conexión supone que una persona puede cambiar la Ley aplicable a su sucesión *mortis causa* mediante un simple cambio en su residencia habitual. En tal sentido, el art. 21 RES favorece la libertad testamentaria y la libre disposición de su patrimonio por actos jurídicos *mortis causa*, ya que el causante puede elegir un país concreto donde existe tal libertad testamentaria y “situar” en dicho Estado su residencia habitual.

27. La residencia habitual constituye un punto de conexión innovador para los Estados miembros de la UE. En realidad, la residencia habitual del causante no era el punto de conexión empleado por la mayor parte de los Estados miembros de la UE para señalar la Ley reguladora de la sucesión. En efecto, la mayoría de los Estados miembros utilizaban la nacionalidad del causante como punto de conexión general o principal, según los casos, para determinar la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* (= era ésa la situación en España: art. 9.8 CC). Otros Estados empleaban el punto de conexión “domicilio del causante” para concretar la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* en relación con los bienes muebles (= caso de Francia). Tan sólo recientemente, en el caso de Bélgica, la residencia habitual había ganado un valioso terreno para fijar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* (art. 78. § 1^{er} de la *Loi portant le Code de droit international privé* de 16 julio 2004: «*La succession est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès*»). Otros Estados miembros, como los Países Bajos o Finlandia sí que apostaban por la residencia habitual como punto de conexión. Ello se explica por la sencilla razón de que tales Estados se habían inspirado en sus regulaciones nacionales en el Convenio de La Haya de 1 agosto 1989, que también emplea el punto de conexión residencia habitual como criterio general de precisión de la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*. De hecho puede afirmarse, con J.S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, que el Reglamento 650/2012 adoptó como punto de conexión subsidiario la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento por directo influjo del Convenio de La Haya de 1 agosto 1989¹⁶.

28. El art. 21.1 RES sólo tiene en cuenta la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Dos aspectos deben enfatizarse al respecto.

1º) Esta previsión legal solventa el tema del conflicto móvil. Así es, porque las residencias habituales anteriores que el causante haya podido tener en otros países es irrelevante a efectos del art. 21.1 RES. La Ley aplicable queda fijada en el tiempo, lo que proporciona certeza legal a la solución.

2º) Por otro lado, la referencia a la residencia habitual en el “momento del fallecimiento” del causante refleja una proximidad del supuesto sucesorio con dicho país de residencia habitual del causante. La sucesión, en efecto, tiene lugar sólo cuando fallece el causante, razón por la que las circunstancias relevantes para concretar la Ley aplicable a la sucesión deben ser las circunstancias presentes en dicho momento.

29. Es irrelevante cuál sea el concreto país donde se encuentra la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento. En efecto, sea cual sea dicho Estado, la Ley del mismo regirá la entera sucesión *mortis causa*, ya se trate de la Ley de un Estado miembro o de la Ley de un tercer Estado (art. 20 RES). Se exige, eso sí, que se trate de un “Estado”, lo que implica que debe tratarse de una unidad política con el *status* y los requisitos legales que el Derecho Internacional Público requiere para poder hablar de “un Estado”. Un sujeto que reside habitualmente en Somalilandia, Transnistria, la República de Minerva o el Principado de Seborga no puede reclamar la aplicación de las Leyes de tales entidades, ya que éstas no constituyen “Estados”. Tampoco se puede elegir la Ley de un país antes existente y hoy inexistente: la Unión Soviética, la República Democrática Alemana, Checoslovaquia, etc.

¹⁶ J.S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)*, Cuadernos de Derecho Registral, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013, pp. 139-150.

2. Ventajas operativas del punto de conexión “última residencia habitual del causante” y ley aplicable a la sucesión *mortis causa*

30. Indica el Cons. [23] RES que este punto de conexión responde a varias ideas inspiradoras, que constituyen, igualmente, las razones o ventajas que avalan la preferencia del legislador europeo por este punto de conexión como “regla general” de precisión de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*.

31. a) *Principio de la buena administración de la justicia en la UE.* El punto de conexión “residencia habitual” responde a este principio de la buena administración de la Justicia en la UE en dos sentidos¹⁷.

Primero. *Efectividad procesal de las decisiones judiciales.* En primer lugar, vista la creciente movilidad internacional de los ciudadanos en la UE, la aplicación de la Ley de la residencia habitual del causante dota a la sucesión de una “efectividad procesal” que resulta conveniente. Normalmente, el país donde el causante tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento es el país donde se puede suponer, en principio, que se encuentran los bienes de la sucesión así como los presuntos herederos e interesados en la herencia. Por tanto, el tribunal competente, que en muchas ocasiones será también el tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del causante, puede pronunciar decisiones directamente ejecutivas en relación con la sucesión, practicar pruebas y actos directamente sobre los bienes de la herencia, etc.

Segundo. *Coincidencia Forum-Jus.* Por otro lado, como regla general, los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del causante son los competentes para decidir las controversias sucesorias, por lo que el tribunal competente aplicará su propia Ley sustantiva. Ello supone un evidente ahorro argumentativo y procesal para la administración de Justicia del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. El tribunal resolverá un litigio sucesorio internacional con arreglo a su propia Ley sustantiva nacional. No tendrá que solicitar a las partes la prueba de un Derecho extranjero ni tendrá que probarlo él mismo si las partes no prueban ese Derecho extranjero o lo hacen de modo incompleto o imperfecto. El tribunal no tendrá que aplicar normas legales e instituciones jurídicas extranjeras que no conoce y que no está habituado a interpretar y a aplicar en su actividad jurisdiccional cotidiana. Podrá desarrollar una actividad judicial con una mayor calidad si aplica su propio Derecho nacional. Como antes se ha avanzado, el legislador europeo cree que la buena administración de la Justicia queda fortalecida si el tribunal de un Estado miembro competente para decidir cuestiones sucesorias aplica su propia Ley material (= lo que se verificará si el causante tiene en dicho Estado miembro su residencia habitual). El legislador europeo cree que, de ese modo (= con el sistema *Lex Fori in Foro Proprio* / el tribunal aplica su propio Derecho material / *Gleichlauf de Forum y Jus*), la justicia que imparte dicho tribunal es más perfecta (*vid. Cons. [27] RES*)¹⁸. Naturalmente, como ya puso de manifiesto hace años F. BOULANGER, este aparato argumentativo pro *Lex Fori* resulta criticable, pues no es sino otro ejercicio más de legeforismo enmascarado¹⁹. Se trata, simplemente, de la solución más cómoda para el juez pero que quizás no lo sea para las partes implicadas. En todo caso, este motivo ha pesado, y mucho, en la elevación a los altares de la residencia habitual como punto de conexión general en el esquema conflictual del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Las autoridades de la UE son conscientes de que en la UE residen habitualmente millones de personas que no son ciudadanos de la UE y cuyas sucesiones *mortis causa* se plantearán ante jueces de los Estados miembros. Con la residencia habitual como punto de conexión general, se evita la aplicación de Leyes extranjeras y en particular, de Leyes extranjeras discriminatorias, como las construidas sobre principios de la *Shari'a* islámica (A. BONOMI)²⁰. Aunque ésta es también una afirmación cargada de prejuicios poco razonables, pues la aplicación de Leyes de Estados musulmanes inspiradas en la *Shari'a* bien puede no conducir a ningún resultado discriminatorio

¹⁷ A.-L. CALVO CARAVACA, “Articles 4, 20 and 21”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (Eds.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, en prensa.

¹⁸ T. BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successioni”, *RDI*, 2013, n. 4, pp. 1116-1145, esp. p. 1131.

¹⁹ F. BOULANGER, *Les successions internationales. Problèmes contemporains*, Economica, Paris, 1981, pp. 339-352.

²⁰ A. BONOMI, “Choice-of-Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A First Glance at the Commission’s Proposal”, en *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing / Schulthess, La Haya / Zurich, 2010, pp. 157-172.

in casu y en dicho supuesto, recurrir al orden público internacional es totalmente improcedente e innecesario (I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ)²¹.

De todos modos, este principio presenta ciertos límites en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. En efecto, si la residencia habitual del causante se sitúa en un tercer Estado y el tribunal competente no coincide con dicha residencia habitual, la Ley aplicable no será la *Lex Fori*. Y, naturalmente, si el causante ha elegido como Ley aplicable su Ley nacional, la Ley de la residencia habitual no es aplicable y el juez de un Estado miembro puede verse obligado a aplicar una Ley extranjera.

32. b) Principio de proximidad (reducción de los costes conflictuales para los particulares). El legislador europeo considera que el causante puede perfectamente prever que su sucesión *mortis causa* se va a regir por la Ley del país donde él mismo tiene su residencia habitual. De este modo, dicho causante puede organizar materialmente su sucesión con arreglo a una Ley estatal que, se supone, conoce adecuadamente o puede conocer de modo sencillo. Esta idea es acertada. En este sentido, puede subrayarse que, con carácter general, la residencia habitual del causante conduce a aplicar una Ley que genera menores costes conflictuales que los que podría provocar la aplicación de la Ley nacional del causante o de la Ley del país de situación de los bienes de la herencia. Y ello por varias razones, muy bien apuntadas por P. LAGARDE²².

Primera. *Integración social y costes conflictuales reducidos*. Una persona que está integrada en la sociedad de un concreto Estado tiene acceso, de modo sencillo, al contenido jurídico de la Ley de dicho Estado. Está también, se supone, habituada a comportarse con arreglo a la Ley del país donde reside habitualmente. La residencia habitual del causante constituye un “nexo real” entre la sucesión y el Estado miembro cuya Ley rige la sucesión (Cons. [23] RES). La residencia habitual constituye el lugar donde se halla el “centro de intereses” del causante, mucho más, hoy en día, que el país de la nacionalidad del causante (A. BONOMI). Es claro que una persona puede acceder al contenido del Derecho del Estado de su residencia habitual a un coste más reducido que el que le supondría acceder a un Derecho de cualquier otro Estado. De ese modo, podrá organizar materialmente su sucesión a un coste moderado. Para los particulares interesados en la sucesión también constituye éste un punto de conexión previsible con arreglo al cual adecuar sus comportamientos jurídicos. Todos los beneficiarios de una herencia y los acreedores de la misma pueden calcular sus posiciones jurídicas de un modo sencillo, pues todos ellos pueden prever de un modo sencillo, que la sucesión quedará regida por la Ley del país donde el causante tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento.

Segundo. *Proyección externa de la residencia habitual y apreciación por terceros*. La residencia habitual es un punto de conexión de proyección externa” (= cualquier tercero puede averiguar, sin demasiadas investigaciones, cuál es el país de la residencia habitual de un causante, mediante una “observación natural” de las circunstancias de la vida de dicho causante). Por el contrario, la nacionalidad del causante puede no ser evidente a terceros, de modo que éstos pueden encontrarse, tras el fallecimiento del causante, con la sorpresa, que puede no resultarles agradable, de descubrir que el causante poseía una “nacionalidad inesperada” de la que no hacía ostentación y de la que nadie sabía nada.

Tercero. *La nacionalidad como punto de conexión desprovisto de “valor localizador”*. La nacionalidad es un punto de conexión que, cada vez con mayor frecuencia, aparece desprovisto de valor localizador (= “dépourvue de valeur localisatrice”) (P. LAGARDE)²³. Y ello por diversos motivos: (a) Resulta complejo, difícil, lento y tedioso adquirir la nacionalidad de ciertos Estados miembros de acogida

²¹ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional”, *REDI*, 2009, pp. 441-454.

²² P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732.

²³ P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, 1986, vol.196, pp. 9-238, esp. p. 108: “[la nacionalidad] ne constituerait plus, en tous cas, qu’un lien d’allégeance purement théorique, se réduisant à une notion sans contenu concret et sans valeur effective, ils doivent (...) être considérés en droit international privé français comme soumis pour tout ce qui concerne leur état et leur capacité, c'est-à-dire pour tout ce qui au regard du droit français rentre dans leur statut personnel, à la législation du pays où ils ont leur domicile (ou a défaut de domicile, leur résidence habituelle) et au milieu social duquel ils sont désormais intégrés”; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 151-156.

de emigrantes, de modo que éstos, en muchos casos, no adquieren la nacionalidad del Estado de acogida y conservan la nacionalidad del Estado del que proceden aunque, tras un cierto período, ya no mantienen un ligamen real y efectivo con tal Estado; (b) En el escenario jurídico actual del Derecho europeo, los ciudadanos de un Estado miembro son tratados en otro Estado miembro como nacionales de éste último (= principio de no discriminación por razón de la nacionalidad: art. 18 TFUE). Por ello, tales sujetos no se sienten incentivados a adquirir la nacionalidad del Estado miembro de acogida y conservan su nacionalidad originaria, aunque bien pueden no tener ya ningún nexo real con dicho Estado miembro de origen; (c) Los emigrantes de segunda y tercera generación residentes en un Estado miembro y procedentes de Estados extra-europeos no suelen mantener conexión real alguna con el país cuya nacionalidad ostentan. Se trata de sujetos que, con frecuencia, no han estado nunca en el país del que son nacionales y que no conservan costumbres de dicho país y muchos de ellos no piensan regresar a sus países de origen.

Cuarto. *La “paradoja de la nacionalidad”*. La mayoría de los Estados miembros de la UE son, en la actualidad, países receptores de emigrantes. Tales sujetos, con frecuencia, viven durante toda su vida en dichos Estados miembros y raramente regresan a sus países de origen (= están perfectamente integrados en la sociedad del Estado receptor, aunque mantengan ciertos rasgos de su identidad cultural de origen). El punto de conexión “nacionalidad” incrementa injustificadamente la aplicación de Leyes extranjeras en los Estados miembros, pues provoca la llamada “paradoja de la nacionalidad”. Los extranjeros que residen permanentemente en un Estado miembro entablan relaciones jurídicas con otras personas en dicho Estado con una frecuencia cada vez mayor. Sin embargo, si se hubiera empleado la nacionalidad como punto de conexión general, su sucesión *mortis causa* obrar quedaría regulada por su Ley nacional, que es una Ley extranjera. El resultado de esta situación es paradójico, pues cuanto más integrado se halla una persona en una sociedad concreta de un Estado concreto, más veces se le aplica una Ley extranjera (= “paradoja de la nacionalidad”). Ello, como destaca A. FLESSNER, no parece adecuado²⁴. Por ello, el valor conflictual del punto de conexión “nacionalidad” está sometido a una fuerte “degeneración”, que la doctrina ha sabido poner en evidencia (R.D. KOLLEWIJN, J.V. LONG, P. LOUIS-LUCAS)²⁵. La sociedad del siglo XXI está fuertemente internacionalizada. Ello significa que cada vez más, en cada Estado conviven grandes grupos de personas procedentes de Estados diferentes, con nacionalidades diversas. España, Francia, Italia, Alemania, son Estados que, aunque mantienen un fuerte contingente de nacionales en el extranjero, hoy día pueden ser catalogados como “Estados receptores de emigrantes”. Ello supone que a una sociedad más internacionalizada, corresponde un papel más amplio de la conexión “residencia habitual” y una progresiva reducción de la conexión “nacionalidad”. Por otro lado, la conexión “nacionalidad” sintoniza con momentos históricos de formación de los Estados contemporáneos (= es necesario reunir a una población dispersa por varios territorios, bajo el manto de una única Ley, la Ley nacional), como sucedió en el siglo XVIII en Francia (= la Revolución acabó con el regionalismo jurídico), y en el siglo XIX en Alemania e Italia (= países en los que se exterminó la diversidad legislativa local y códigos civiles estatales entraron en escena). Superados estos momentos, debe admitirse que la conexión “residencia habitual” del causante presenta una mayor “calidad conflictual” en una época de Globalización y sociedades muy internacionalizadas, como antes se ha avanzado, las autoridades de la UE son conscientes de que en la UE residen habitualmente millones de personas que no son ciudadanos de la UE y cuyas sucesiones *mortis causa* se plantearán ante jueces de los Estados miembros. Con la residencia habitual como punto de conexión general, se evita la aplicación de Leyes extranjeras a sujetos que, en realidad, están perfectamente integrados en un Estado miembro en el que residen habitualmente.

33. c) *Razones técnicas*. Diversas razones técnicas avalan igualmente la preferencia por la Ley de la residencia habitual como conexión general en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]: (a) *La unidad legal del régimen jurídico de la familia y de las sucesiones mortis causa*. La aplicación a la sucesión *mortis causa* de la Ley de la residencia habitual del causante puede resultar conveniente en una

²⁴ A. FLESSNER, “Fakultatives Kollisionsrecht”, *RabelsZ.*, 1970, vol.34, pp. 547-584.

²⁵ R.D. KOLLEWIJN, “Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno”, *DI*, 1959, vol.XIII, pp. 508-525; J.V. LONG, “Domicil vs. Nationality”, *RabelsZ.*, 1953, pp. 247-262; P. LOUIS-LUCAS, “Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois?”, *RCDIP*, 1959, pp. 405-441; E. VITTA, “Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano”, *RDIPP*, 1981, pp. 345-363.

perspectiva de futuro. Es posible que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial sea, también la Ley del país de la residencia habitual de cónyuges que tienen nacionalidades diferentes. Pues bien, la conexión “residencia habitual del causante” permite un correcto *family planning* a estas parejas, como han señalado A. DUTTA y A. DAVÌ / A. ZANOBETTI²⁶. Con ello se alcanza la unidad legal de dos aspectos intrínsecamente relacionados (= sucesión *mortis causa* y régimen económico matrimonial). Ellos es conveniente para evitar problemas de sobreprotección o de subprotección de los derechos sucesorios del cónyuges supérstite, tal y como indica A. BONOMI²⁷; (b) *Complejidad de la precisión de la nacionalidad*. La nacionalidad es un punto de conexión intrínsecamente complicado desde el punto de vista legal. Es frecuente que la precisión de la “nacionalidad” del causante se convierta en el “centro del litigio sucesorio” (= un litigio dentro del litigio), al constituir una cuestión extremadamente compleja pero, en todo caso, preliminar a la sucesión *mortis causa* si ésta se rige por la Ley nacional del causante. En efecto, puede resultar muy difícil precisar si una persona ha adquirido o ha perdido una determinada nacionalidad, y además, los casos de múltiple nacionalidad y apatridia dificultan la precisión de la “nacionalidad” de la persona. Todo ello encarece el coste necesario para obtener una sentencia en un litigio sucesorio (= el coste conflictual).

34. d) Razones políticas. El legislador de la UE ha preferido el punto de conexión residencia habitual como “solución general” también por una innegable y poderosa razón política. Las autoridades y los *lawmakers* de la UE suelen ser muy reticentes a la conexión “nacionalidad”, a la que acusan, de modo totalmente injusto, de permitir un cierto tratamiento discriminatorio entre los ciudadanos de la UE, como ha denunciado A. BONOMI²⁸. Ya la propuesta de la Comisión de 2009 indicaba que el criterio “residencia habitual del causante constituye un criterio que “favorece la integración en el Estado miembro de residencia habitual y evita cualquier discriminación contra aquellas personas que tienen su residencia en un Estado del que no son nacionales”. Desde este punto de vista, con CH. BALDUS, cabe indicar que la residencia habitual constituye un punto de conexión que “corresponde a las realidades del mercado interior”²⁹. En efecto, se trata de una conexión que favorece la aplicación de la misma Ley nacional a todos los que habitan en un mismo Estado. El punto de conexión “nacionalidad”, por el contrario, tan sólo presenta la ventaja poderosa de su estabilidad y claridad legal. Sin embargo, la nacionalidad responde a un modelo del siglo XIX, época de grandes migraciones desde Europa a América. Es una conexión propia de un “DIPr. muy nacional” (= de cada Estado) y no de un “DIPr. supranacional” (= propio de la UE). Por ello, la opción en favor de la residencia habitual como conexión subsidiaria o general es una opción valiente y europea, pero también es una opción inevitable.

Cuatro aspectos, muy sólidamente tratados por A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, deben ser destacados en relación con estas razones políticas a favor del criterio “residencia habitual del causante”³⁰: (a) Los criterios de DIPr. relativos a la determinación de los tribunales competentes y de la Ley aplicable pueden, efectivamente, ayudar a los particulares que lo deseen a alcanzar un mayor grado de integración social y jurídica en el Estado donde realmente viven, habitan y se relacionan de manera cotidiana. Desde este primer punto de vista, los puntos de conexión del DIPr. operan como “herramientas de integración personal” que pueden mejorar la vida de los particulares; (b) Los criterios de DIPr. relativos a la determinación de los tribunales competentes y de la Ley aplicable operan, de manera inevitable, también, como criterios

²⁶ A. DUTTA, “Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation”, *RabelsZ*, vol 73, nº 3, 2009, pp. 547-606; A. DUTTA, “Das neue internationale Erbrecht des Europäischen Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”, *FamRZ*, 2013-1, pp. 4-15; A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013.

²⁷ A. BONOMI, «Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l’empire du futur règlement européen?», *TCFDIP*, 2008-2010, pp. 263-292.

²⁸ A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010-4, pp. 605-610.

²⁹ C. BALDUS, “Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 6, pp. 212-215; CH. BALDUS, “¿Hacia un nuevo Derecho sucesorio europeo? Apuntes sobre la propuesta de un Reglamento de sucesiones”, <http://www.elnotario.com>; CH. BALDUS, “¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 49, 2009, pp. 419-438.

³⁰ A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013 (www.uc3m.es/cdt).

de aplicación de las Leyes que elabora un concreto Estado. Desde este segundo punto de vista, existe un “interés político” en la “efectividad de la Ley”, en su “efecto útil”, esto es, en lograr que las Leyes desplieguen su autoridad en la sociedad que, realmente, es la destinataria de dichas Leyes. La homogeneidad y la autoridad de la Ley de un Estado exigen su aplicación a la sociedad propia de dicho Estado, que es la sociedad formada por las personas que habitan en el territorio de tal Estado (H. BATIFFOL / P. LAGARDE)³¹. En definitiva, el criterio “residencia habitual del causante” presenta un “significado político” al permitir al Estado la ordenación y organización legal de los aspectos sucesorios “en su sociedad”. No cabe duda de que ambos perfiles del punto de conexión “residencia habitual del causante” han pesado en el ánimo del legislador europeo para preferir este criterio como pauta general en relación con la sucesión *mortis causa*; (c) Los criterios “residencia habitual del causante” y “nacionalidad del causante” operan conjuntamente como un “factor dinámico de construcción europea”. No debe olvidarse que el criterio “residencia habitual del causante”, cuando opera como punto de conexión de la norma de conflicto en este Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], no opera solo y con exclusión del criterio “nacionalidad”. Cada causante puede, si lo desea, sujetar su sucesión *mortis causa* a la Ley del país del que es nacional y sólo si no toma tal decisión, su sucesión *mortis causa* quedará sometida a la Ley del país de su residencia habitual. Pues bien, ambos criterios, adecuadamente combinados, como así aparecen en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], permiten a los particulares utilizar al máximo sus derechos de libre circulación en la UE con la garantía de una estabilidad legal en el contexto de tales “movimientos tranfronterizos en la UE”. Al potenciar las libertades de circulación en la UE, se construye la misma UE y los particulares operan como protagonistas de dicha construcción europea. En tal sentido, los dos criterios principales para la precisión de la competencia judicial internacional y de la Ley aplicable a las sucesiones empleados por el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] contribuyen, igualmente, a una integración social de los ciudadanos de los Estados miembros en un espacio físico-político superior al de su Estado miembro de origen, el espacio de la UE. La correcta combinación de la nacionalidad del causante y de la residencia habitual del mismo como criterios de determinación de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* potencia la construcción de una Unión Europea real cuyos protagonistas son los ciudadanos, las personas privadas, los particulares. Ello, sin duda, debe actuar como un elemento que aumentará la confianza de los ciudadanos en la Unión Europea, su identificación con la Unión Europea y con los derechos de los ciudadanos europeos; (d) En realidad, la utilización del punto de conexión “nacionalidad” no provoca ningún efecto discriminatorio por causa de la nacionalidad, prohibido por el art. 18.1 TFUE, como ha sido muy correctamente puesto de manifiesto por A. RAUSCHER y V. GAERTNER³². La nacionalidad se utiliza como un criterio general para todos los sujetos sea cual sea su nacionalidad, por lo tanto no hay un tratamiento legal “negativo” o “discriminatorio” contra ciertos sujetos por razón de su nacionalidad. Este punto de conexión no se emplea para sujetar a ciertos individuos a un tratamiento jurídico peor que el dispensado a los ciudadanos del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. El punto de conexión “nacionalidad” no es discriminatorio en sí mismo, ya que no tiene por qué conducir a un resultado que perjudique la situación jurídica de unos u otros sujetos, ya que ello dependerá del contenido de la Ley nacional correspondiente. Este punto de conexión supone tratar a sujetos con caracteres diferentes, de manera diferente y no implica tratar legalmente a sujetos con caracteres diferentes, de manera igualitaria, lo que sí supondría una discriminación. Sujetar una sucesión *mortis causa* a la Ley nacional del causante no supone negar derechos a tal sujeto, sino someter dicha sucesión a un régimen jurídico distinto, el previsto en su Ley nacional, tal y como destacan numerosos autores (P. LAGARDE, A. DAVÍ, P. KINDLER, E. LEIN, A. BONOMI)³³.

³¹ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8^a ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 446: “Si l'on envisage d'autre part l'intérêt de l'État pris comme représentant l'intérêt général, il converge dans le même sens. Il semble en effet que l'intérêt de l'État consiste à assurer l'homogénéité et l'autorité de sa loi: les lois édictées par un État forment un ensemble; si on soustrait à cet ensemble des relations étroitement unies à celles auxquelles il s'applique sans conteste, il en résultera inévitablement des incohérences, des contradictions et une atteinte à l'autorité de la loi. Il en faut appliquer une loi étrangère qu'aux relations qui n'entrent dans le domaine législatif du juge saisi que par un élément accidentel”.

³² V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136; A. RAUSCHER, *Nationale und kulturelle Identität im Zeitalter der Globalisierung*, 2006, p. 732.

³³ A. BONOMI, “Choice-of-Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A First Glance at the Commission’s Proposal”, en *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven

35. e) La nacionalidad, una conexión excesiva. La nacionalidad ha sido considerada durante muchos años, como una “conexión imperialista”. Se ha dicho que esta conexión, colocada en la cúspide de la escalera conflictual, no respeta la libertad del individuo de elegir el sistema legal que prefiere. La nacionalidad persigue al individuo por todo el mundo, como la sombra al cuerpo. No le deja escapar de la aplicación de las Leyes de su país, aunque resida en el extranjero, como apunta A.E. ANTON³⁴. Le obliga a seguir los “standards jurídicos” de su país de origen, quiera o no quiera seguirlos y aunque ya no esté, *de facto*, integrado en dicha sociedad. Por ello, la colocación de este punto de conexión como punto de conexión que “debe ser elegido” por el causante, resulta oportuna. De ese modo, la nacionalidad sólo opera cuando el causante, realmente, desea que su sucesión *mortis causa* quede regulada por la Ley del país de su nacionalidad, sin que dicha Ley le venga impuesta de modo imperativo. Ello encaja correctamente, también, con la libertad individual de la persona y el derecho a un libre desarrollo de su personalidad.

3. Críticas al punto de conexión “última residencia habitual del causante”

36. El legislador europeo ha considerado que este punto de conexión comporta más ventajas que inconvenientes. Ahora bien, éstos se presentan en ciertos supuestos y negarlo sería cerrar los ojos a la verdad, como observan, entre otros, K. SCHURIG y A. BONOMI³⁵. Entre tales inconvenientes pueden citarse los que siguen.

- 1º) Este punto de conexión suscita inseguridad jurídica en los casos de una residencia habitual profundamente inestable y/o que haya cambiado con frecuencia en los últimos años de vida del causante.
- 2º) Detectar la residencia habitual del causante resulta complejo si se han verificado cambios de residencia habitual con la intención de eludir la aplicación de uno u otro Derecho estatal, lo que suscita problemas de fraude de Ley y exige valorar la intención del causante en sus movimientos vitales.
- 3º) En los supuestos en los que el causante, simplemente, no tiene residencia habitual en ningún país, este punto de conexión no es operativo.
- 4º) En los casos en los que no resulta evidente, de modo externo y frente a terceros, cuál es el país de la residencia habitual del causante, como sucede en los casos de personas que habitan en varios Estados a la vez durante el año, que habitan en un país y trabajan en otro u otros, cambios de residencia debidos exclusivamente a motivaciones de trabajo o a contratos que sólo pueden ejecutarse en un país concreto, etc., la precisión del país de la última residencia habitual del causante se convierte en un problema central de la sucesión.

International Publishing / Schulthess, La Haya / Zurich, 2010, pp. 157-172; A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010-4, pp. 605-610; P. KINDLER, “La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell’Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*”, *RDI*, 2011, pp. 422-432; P. KINDLER, “From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills”, en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing / Schulthess, La Haya / Zurich, 2010, pp. 251-258; P. KINDLER, “Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union”, *IPrax*, 2010, nº 1, pp. 44-49; E. LEIN, “A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession”, *Yearbook of Private International Law*, 2009, pp. 107-141; P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; A. DAVÍ, “L’autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d’une future réglementation européenne”, *RDIPP*, 2004, pp. 473-498; A. DAVÍ, “Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni”, *RDI*, 2005, pp. 297-341.

³⁴ A.E. ANTON, *Private International Law*, 1967, pp. 148-154.

³⁵ K. SCHURIG, *Das internationale Erbrecht wird europäisch: Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung*, en *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, a cura di J. Bernreuther e altri, München, 2010, p. 343 ss.; A. BONOMI, “La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisses”, *RSDIE*, 1996, pp. 479-504; A. BONOMI / J. BERTHOLET, “La *professio juris* en droit international privé suisse et comparé”, *Mélanges de l’Association des Notaires Vaudois*, Zurich, Schulthess, 2005, pp. 355-380; A. BONOMI, “Choice-of-Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A First Glance at the Commission’s Proposal”, en *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing / Schulthess, La Haya / Zurich, 2010, pp. 157-172.

5º) El Reglamento no especifica el exacto momento en el que se adquiere la residencia habitual en un concreto Estado.

Por otra parte, aunque se dice que la falta de definición legal del concepto “residencia habitual” es un inconveniente técnico suscitado por el texto del Reglamento, en realidad ello ha sido específicamente buscado por el legislador europeo. En tal sentido, como explica I. CALVO VIDAL, el Consejo del Notariado de la UE aconsejaba, mediante su “toma de posición” de 24 noviembre 2010, no definir en el texto legal el concepto de “residencia habitual”, para no encapsular la rica realidad sucesoria y ofrecer, en cambio, a los tribunales y autoridades, en los Considerandos del Reglamento, ciertos elementos a modo de “guía de localización de la residencia habitual”³⁶. Y así ha sido exactamente. Al respecto, dos datos más subrayarse: (a) El Reglamento sí que contiene una “guía metodológica operativa” para concretar la residencia habitual del causante, de modo que el operador jurídico sí que podrá hallar el país de la residencia habitual del causante. Con ello, se persigue dotar de cierta flexibilidad al sistema de precisión concreta de este punto de conexión para que se adapte a las circunstancias del caso concreto; (b) El legislador europeo ha rechazado la posibilidad de seguir una “metodología mecanicista” para precisar la residencia habitual del causante. No exige que la residencia habitual haya tenido una mínima concreta duración temporal, ni que la residencia habitual reúna requisitos de calidad adicionales. Es evidente que ello supone dejar la cuestión a la labor de los tribunales y que se trata de una opción de política jurídica perfectamente consciente. Donde no llega el Reglamento, llegarán los tribunales, los notarios y las demás autoridades que aplican el DIPr. europeo.

IV. Determinación del país de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento

1. Aspectos generales

37. La precisión del Estado donde el causante tiene su residencia habitual en el momento de su fallecimiento constituye una cuestión de extrema importancia para el correcto funcionamiento del entero sistema de competencia judicial internacional del Reglamento 650/2012. Varios datos previos deben tenerse presentes al respecto.

38. a) *Falta de definición legal de la “residencia habitual”*. El Reglamento 650/2012 no define qué debe entenderse por “residencia habitual”. Por ello se ha dicho que emplear un concepto jurídico indeterminado (*unbestimmter Rechtsbegriff*) como éste conduce inexorablemente a la inseguridad jurídica. Por otro lado, con A.-L. CALVO CARAVACA, debe recordarse que la “residencia habitual” puede favorecer el *forum shopping*, pues los particulares pueden cambiar fácilmente de residencia habitual³⁷. El Cons. [23] RES indica, tan sólo, que la residencia habitual debe revelar “*un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento*”. Debe recordarse que, en realidad, y como ha destacado D. DAMASCELLI, los textos legales internacionales de DIPr. posteriores a la Segunda Guerra Mundial y en particular, los llamados “Convenios de La Haya” (= elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado) y también los textos normativos de Derecho de la UE, nunca han definido legalmente la noción “residencia habitual”³⁸. Esta tradicional “falta de definición” se explica porque el criterio “residencia habitual” fue elegido ante la inconveniencia de fijar como punto de conexión el “domicilio”. En efecto, el domicilio se define de manera distinta de país a país: cada Estado tiene su concepto de domicilio y las diferencias entre el “concepto

³⁶ I. CALVO VIDAL, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, nº 328, 2012, pp. 97-107, esp. p. 101.

³⁷ A.-L. CALVO CARAVACA, “Articles 4, 20 and 21”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (Eds.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, en prensa.

³⁸ D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, esp. p. 92.

continental” de “domicilio” y el “concepto anglosajón” del mismo son muy acentuadas (P. LAGARDE)³⁹. Para no proporcionar “otro concepto más” de “domicilio”, todos estos textos internacionales optaron por la noción “residencia habitual” y quedó claro que el nuevo concepto no sería definido, sino que debería ser concretado “caso por caso”. También se desechó de raíz la idea de fijar como criterio de competencia internacional el “domicilio” del causante a definir por el Derecho nacional del Estado al que pertenece la autoridad que conoce del asunto. Es ésta la solución, realmente compleja y relativista, seguida, para las personas físicas, por el art. 62 RB-I bis.

39. b) Interpretación del silencio legal del Reglamento 650/2012 [sucesiones mortis causa] sobre el concepto de “residencia habitual”. Este silencio legal en el Reglamento 650/2012 [sucesiones mortis causa] puede estar justificado por dos razones: (a) El legislador europeo, pudiendo haber definido el concepto no lo ha hecho porque ha preferido que sean los tribunales que apliquen el Reglamento 650/2012 los que suministren el concepto específico de residencia habitual del causante con atención a los casos concretos (= el concepto se construye por “grupos de casos” de similares características según se presenten ante las autoridades públicas y en particular, ante los tribunales de justicia). Una definición legal rígida y concreta se demostraría siempre, al final, como lagunosa y compleja, poco adaptada a los supuestos difíciles y susceptible de interpretaciones divergentes por tribunales de los distintos Estados miembros. La rigidez del concepto, paradójicamente, hubiera llevado a la incertezza legal, como bien indican A. DAVI / A. ZANOBETTI⁴⁰. Por ello se puede afirmar que el concepto de residencia habitual es un concepto adaptable a las circunstancias de hecho, un concepto de textura abierta; (b) El legislador europeo no ha indicado que el concepto de “residencia habitual” que emplea el Reglamento 650/2012 sea el mismo que utilizan otros Reglamentos europeos, como el Reglamento 2201/2003, el Reglamento Roma I o el Reglamento Roma II, por ejemplo. Ello puede explicarse por la razón de que el mismo concepto de “residencia habitual” debe concretarse de maneras distintas según el “tipo de litigio” del que se trate, apunta A. RICHEZ-PONS⁴¹. Es, pues, una noción con contenido variable (“*notion à contenu variable*”) en feliz expresión de J. CARBONNIER⁴². De hecho, el mismo Cons. [23] RES indica, de modo expreso, que la residencia habitual debe concretarse “....teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento”. En otras palabras, el concepto de la residencia habitual del causante debe precisarse en un “contexto sucesorio europeo”, que es diferente de otros contextos legales (= como el contexto de la “protección de menores”, del “divorcio”, o de los “contratos internacionales”, por ejemplo).

40. c) Concepto europeo de “residencia habitual”. El concepto de “última residencia habitual del causante” es un concepto autónomo y propio del Reglamento 650/2012, ya que sólo un concepto uniforme europeo garantiza la aplicación uniforme de dicho Reglamento. Esto es, debe ser un concepto que no debe extraerse de ningún concreto Derecho nacional.

41. d) Concepto europeo variable por materias. Según expone P. LAGARDE, el concepto de residencia habitual es siempre el mismo en todos los instrumentos legales de la UE⁴³. Se trata del lugar donde radica el “centro de vida de la persona” (= “*le centre de vie de l'intéressé*”). Ahora bien, el modo de concretar cuál es el concreto Estado en el que una persona tiene su residencia habitual varía según la materia e instrumento legal considerado. De ese modo, la residencia habitual se perfila de una manera

³⁹ P. LAGARDE, “Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes (Libro Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Madrid, 2005, pp. 1686-1708.

⁴⁰ A. DAVI / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013 (www.uc3m.es/cdt).

⁴¹ A. RICHEZ-PONS, “La notion de résidence”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160.

⁴² J. CARBONNIER, “Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille”, *Travaux du Centre National de la recherche de la logique*, Bruylants, 1984, pp. 99 ss.

⁴³ P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. LAGARDE, «Présentation du règlement sur les successions», en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Deffrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

distinta en el ámbito de la protección de niños (Reglamento 2201/2003) y de otra manera bien diferente en el área de los contratos internacionales (Reglamento Roma I), de los ilícitos extracontractuales (Reglamento Roma II), del divorcio (Reglamento 1259/2010 Roma III) y en el ámbito sucesorio (Reglamento 650/2012). El contexto social y jurídico reviste una extrema importancia. Por tanto, en lo que afecta a este último instrumento legal, la residencia habitual debe especificarse de un modo particular, pues interesa la residencia habitual a efectos sucesorios, no a efectos contractuales o de divorcio. En tal sentido, por ejemplo, cuando se trata de concretar la residencia habitual de un cónyuge en un litigio de divorcio, los elementos a valorar son distintos de los que deben evaluarse para concretar el país donde se encuentra el centro de vida (= residencia habitual) del causante, como muestra P. LAGARDE⁴⁴. Por tanto, para precisar el concepto de residencia habitual “del causante”, debe tenerse en cuenta: (a) El contexto en el que se inserta el concepto (= interpretación sistemática: el “contexto sucesorio europeo”); (b) El objetivo que persigue la normativa europea que emplea dicho concepto (= interpretación teleológica: la seguridad jurídica en la precisión del tribunal competente y de la Ley aplicable a la sucesión, la libre circulación de decisiones en el ámbito sucesorio, la buena administración de la Justicia o “correcta administración de justicia” en la UE a la que refiere el Cons. [23] RES, el buen funcionamiento del mercado interior, la supresión de obstáculos a la libre circulación las personas que en relación con el ejercicio de sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, la buena organización prospectiva de la sucesión por parte del causante, la garantía de los derechos de herederos, legatarios, personas próximas al causante, y de los acreedores de la herencia) (Cons. [7] RES).

2. Última residencia habitual del causante. El “centro de la vida del causante”

42. La residencia habitual del causante es, como se ha indicado, el lugar donde radica el “centro de vida” de la dicha persona. El Estado miembro de la “última residencia habitual del causante” es el Estado miembro donde éste tenía “*el centro de interés de su familia y su vida social*” (Cons. [24] RES). Dicho esto, ciertos aspectos de este concepto merecen una atención específica.

43. a) La idea básica: la integración social de la persona el centro de la vida social de la persona. La “última residencia habitual” del causante (art. 4 RES) debe identificarse con el “Estado miembro en el que el causante tenía una integración en un entorno social y/o familiar”. Efectivamente, el Cons. [24]RES indica que la residencia habitual del causante radica en el Estado donde está situado “*el centro de interés de su familia y su vida social*”. Cuando una persona dispone de un “centro de vida personal y familiar” localizado en un concreto Estado es porque está integrado en el entorno de dicho Estado desde un punto de vista familiar y social. Es claro que “centro” e “integración” son conceptos referidos a la misma idea (= el “centro” se encuentra rodeado por el resto y la integración supone inmersión en una entidad más amplia, esto es, la persona está sumergida / integrada en una sociedad). La idea básica de la noción residencia habitual radica en la “integración real” de la persona en un medio social y jurídico determinado. En suma, la “residencia habitual” indica el “arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico” (J.M. ESPINAR VICENTE)⁴⁵. La “residencia habitual” refleja la “vinculación más estrecha” de un sujeto con un país determinado, un vínculo real entre el sujeto y un medio social concreto (A. RICHEZ-PONS)⁴⁶.

44. b) Los precedentes romanos. Este concepto de residencia habitual, compuesto por los dos anteriores elementos, procede del concepto de “*domicilium*” del Derecho Romano clásico. En efecto,

⁴⁴ P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. LAGARDE, «Présentation du règlement sur les successions», en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

⁴⁵ J.M. ESPINAR VICENTE, “Nacionalidad”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4379-4385; Id., “Residencia habitual (Derecho internacional privado)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5876-5880.

⁴⁶ A. RICHEZ-PONS, “La notion de résidence”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160.

como indica la famosa regla de SERVIO-ULPIANO, “*domicilium est, ubi quis degitet rerum suarum summam constituit eo consilio, ut ibi meneat*” (“el domicilio es el lugar donde uno vive y tiene a voluntad el conjunto de sus cosas, con el fin de permanecer allí”). En el Codex de Justiniano se encuentra una definición muy parecida: “*Domicilium est ubi quis degit rerumque suarum summam constituit eo consilio, ut ibi maneat*” (Codex, Lib. X, Título XXXIX, Ley 7), de traducción similar.

45. c) La residencia habitual es un “concepto fáctico y no jurídico formal”. La residencia habitual debe concretarse mediante datos de hecho y no mediante datos jurídicos, formalidades legales, o ficciones de Derecho. Para acreditar el lugar donde la persona dispone de su residencia habitual debe acudirse “*exclusivamente a los datos de realidad*” (J.M. ESPINAR VICENTE)⁴⁷. Ello se explica por una histórica disputa metodológica propia del Derecho internacional privado, perfecta y críticamente expuesta por D.F. CAVERS⁴⁸. El concepto de “residencia habitual” nació para superar la rivalidad entre los puntos de conexión “nacionalidad” (= defendido por los países latino-germánicos) y “domicilio” (= sostenido por los países escandinavos y anglosajones y entendido como “*legal headquarters*”). Tras la segunda guerra mundial, la conferencia de La Haya de DIPr. optó por el criterio “residencia habitual”. De ese modo se evitaba el punto de conexión “nacionalidad”, que no siempre conducía a una Ley y a unos tribunales realmente conectados con el caso en cuestión. Ya también se evitaba el punto de conexión anglosajón del “*domicile*”. El *domicile* es un concepto plagado de oscuridades y sutilezas en el que operan enrevesadas ficciones legales, formalidades jurídicas y que, además, no garantiza una auténtica integración real del sujeto con el país donde, según la Ley, tiene su “*domicile*”. Para acreditar la residencia habitual del causante es preciso, como se ha indicado, acudir solamente a “datos de la realidad”. En este sentido, deben ponerse de relieve diversos supuestos que, aunque pudieran aparentar que constituyen una “residencia habitual”, no necesariamente lo son.

(a) *Sujetos sin documentación de extranjería en regla*. Resulta irrelevante, a efectos del precisar la residencia habitual del causante en un Estado miembro, el hecho de que tal residencia habitual sea “legal” o “illegal”. Por tanto, el hecho de que el sujeto carezca de “autorización de residencia” y/o de “autorización de trabajo” en un concreto Estado miembro, no significa, automáticamente, que no tenga su residencia habitual en dicho país. Y a la inversa: si el sujeto dispone de “autorización de residencia” y/o de “autorización de trabajo” en un Estado miembro, ello no significa que, por tal hecho, deba entenderse que, automáticamente, tiene en dicho Estado su “residencia habitual”.

(b) *Irrelevancia del domicilio fiscal o administrativo y de la inscripción en el padrón municipal*. A efectos del art. 4 y 21 RES, es irrelevante el “domicilio fiscal” o “administrativo” del sujeto en un determinado Estado. Dicho “domicilio fiscal” o “administrativo” sólo surte efectos fiscales o administrativos y no efectos de Derecho Privado. En relación con España puede afirmarse que la “*inscripción en el padrón municipal de habitantes*” de un municipio español no supone, automáticamente, que dicho sujeto tenga su residencia habitual en España (STS CA 11 noviembre 2009, STS 14 septiembre 2009, STS CA 8 marzo 1983, STS 10 junio 1966, STS 4 mayo 1977, STS 15 noviembre 1991, STS 30 enero 1993, SAP Madrid 5 julio 2002).

(c) *Irrelevancia de la vecindad civil del demandado*. Es indiferente, a efectos del art. 4 y 21 RES, la vecindad civil que pueda ostentar el sujeto español y la carencia de vecindad civil de un extranjero que tiene su residencia habitual en España (STS 11 noviembre 1991, SAP Barcelona 1 noviembre 2003).

46. d) Críticas al “carácter líquido” del criterio “residencia habitual del causante”. Ciertos expertos, como es el caso de D.F. CAVERS, han enfatizado que el criterio de la “residencia habitual del causante” es, desde el punto de vista legal, más inseguro que el criterio “nacionalidad del causante” a la hora de ser empleado como foro de competencia judicial internacional y como punto de conexión de la norma de conflicto⁴⁹. En efecto, diversas dudas sobre la “calidad conflictual” del criterio “residencia

⁴⁷ J.M. ESPINAR VICENTE, “Residencia habitual (Derecho internacional privado)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5876-5880.

⁴⁸ D.F. CAVERS, “Habitual Residence: A Useful Concept?”, *The American University Law Review*, 1971-1972, pp. 475-493.

⁴⁹ D.F. CAVERS, “Habitual Residence: A Useful Concept?”, *The American University Law Review*, 1971-1972, pp. 475-493, esp. p. 482.

habitual del causante” deben recordarse, tal y como sugiere A. DEVAUX⁵⁰: (a) Resulta mucho más sencillo cambiar de residencia habitual que cambiar de nacionalidad. En este sentido, la precisión de la competencia internacional y de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* se hace difícil y cambiante; (b) La acreditación de la nacionalidad, se dice, es más sencilla que la acreditación de la residencia habitual. Acreditar ésta exige el desarrollo de un proceso de evaluación general de las circunstancias del causante: no basta con exhibir un pasaporte en vigor de un concreto Estado; (c) Ciertos profesionales, como los notarios, tendrán que decidir en qué país se halla la residencia habitual del causante sobre la base de datos suministrados por herederos o presuntos herederos, lo que puede dar lugar a resultados sesgados. Naturalmente, la concreción de la residencia habitual del causante en estos casos estará sujeta a responsabilidad profesional. Por otro lado, y como ya se ha avanzado, el criterio “residencia habitual” empleado por el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] no tiene nada que ver con la “residencia a efectos fiscales”, concepto que, además, varía de Estado a Estado. Sin embargo, es posible e incluso probable que los herederos insistan en “situar” la residencia habitual del causante en aquel Estado cuyos criterios fiscales resulten más benignos; (d) El “carácter líquido” de la residencia habitual del causante incitará, en frecuentes ocasiones, a una litigación entre los herederos en torno a la precisión del país de la última residencia habitual del causante. No se litigará por cuestiones sucesorias, como la legítima, la partición, la nulidad del testamento, una donación colacionable, la validez de un legado, etc. Se litigará por la determinación de la residencia habitual del causante, ya que de ello dependerá la precisión de los tribunales competentes y de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. La litigación se complica, así, con sutiles cuestiones preliminares. La litigación en torno a los criterios de competencia internacional y en torno a los puntos de conexión de la norma de conflicto aporta un carácter artificial al proceso. Complica el proceso, lo encarece y lo ralentiza.

3. Elementos constitutivos del concepto de “última residencia habitual del causante”

47. Con arreglo a la inmejorable propuesta metodológica de D. DAMASCELLI, puede afirmarse que el concepto de residencia habitual en el Reglamento 650/2012 está integrado por dos elementos distintos⁵¹. Ambos, en correcta combinación, revelan un vínculo del causante de carácter profundo, genuino y estable con un concreto Estado, de modo que pueda afirmarse que tal vínculo es expresión de la integración del causante en el ambiente social de dicho Estado. La combinación de ambos elementos pone de manifiesto cuál es el país donde el causante tenía su “centro social de vida”.

1º) *Elemento objetivo (domus colere)*. Consiste en la presencia física del causante en un concreto Estado (= *domus colere*: “habitar en una casa”). Este elemento presenta dos aspectos diferenciados.

(a) *Aspecto cuantitativo*. Debe valorarse, en primer lugar, la duración en el tiempo de la estancia de una persona en el territorio de un Estado. La presencia física debe ser “duradera”. A ello se refiere el Cons. [23] RES, que indica que la autoridad que sustancie la sucesión debe tomar en consideración “... en particular la duración [...] de la presencia del causante en el Estado de que se trate”. A efectos de la proyección práctica de este aspecto cuantitativo, las situaciones sucesorias pueden presentarse en tres diferentes grados.

Grado 1: persona sin estancia física alguna en un país. Un causante que no haya estado nunca presente de modo físico en un concreto Estado, no puede haber tenido su residencia habitual en dicho Estado. La mera voluntad de retornar a un país, la ilusión por vivir en un país, el vínculo emocional con un concreto país o nación, el hecho de que la familia del causante renta su residencia habitual en un concreto país en el que nunca ha estado el causante, son todos ellos elementos carentes de incidencia para fijar la residencia habitual del causante. Un causante no puede tener su residencia habitual en un país en el que no ha estado nunca o en el que ha estado en un momento anterior a su fallecimiento pero en el que ya no se encuentra en dicho momento. En este sentido, el criterio “residencia habitual” se diferencia del

⁵⁰ A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?”, accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663.

⁵¹ D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103.

criterio anglosajón del “*domicile*” en que un causante puede tener o haber tenido su *domicile* en un Estado en el que nunca ha residido y en el que nunca ha estado. Sin embargo, ello no es posible en relación con la residencia habitual. El causante no puede haber tenido su residencia habitual en un país en el que nunca ha estado y en el que no ha tenido jamás una estancia ni una presencia física.

Grado 2: persona con una estancia física breve en un país. Una estancia temporalmente breve en un país determinado, esto es, una estancia reducida en el tiempo, objetivamente corta, exigua, en un país concreto no es suficiente para acreditar la concurrencia del primer elemento objetivo que compone la residencia habitual, esto es, la “presencia física”. En tal caso, el sujeto no dispone, en realidad, de una “presencia física” en un país, sino de un mera “estancia efímera”. No resulta posible fijar de modo matemático y apriorístico el número de “días” o “semanas” que se exigen para considerar que una persona se halla en situación de “estancia breve” en un país o de “presencia duradera” en el mismo. Ello debe quedar en manos de la prudente discreción y sentido común del tribunal y dependerá del caso concreto, según indica la clásica y brillante aportación de L.I. DE WINTER⁵². En suma, una estancia meramente fugaz en el tiempo, puramente pasajera, efímera, escueta, momentánea, transitoria, limitada, precaria, en un país determinado, no constituye una “presencia” en dicho país que resulte suficiente para acreditar el aspecto cuantitativo del *domus colere* necesario para hablar con propiedad de una residencia habitual. Pueden citarse diversos ejemplos de mera “estancia física transitoria” de una persona en un país: (i) El hecho de atravesar un país durante unas días u horas de camino a otro país; (ii) Las “escalas de mero paso” por un aeropuerto o por un puerto marítimo o fluvial o por carretera; (iii) Las visitas fugaces escasos días o períodos cortos a un país y que obedecen, generalmente a motivos muy determinados y concretos en el tiempo, como el turismo, la asistencia médica, los estudios, las visitas lúdicas o por causas personales a familiares y/o amigos, motivos profesionales, económicos, o legales, por citar algunos, tampoco son más que una “estancia breve” y no una “presencia duradera”.

Grado 3: persona con una presencia duradera en un país. Es preciso que el causante tenga una presencia duradera en un concreto país. Se trata de un dato objetivo: la persona debe “estar presente” en un país, es decir, debe encontrarse en un país de modo duradero, durante un tiempo perdurable, constante, prolongado, largo, extenso, amplio, dilatado, holgado, abundante. No se trata, como en las dos anteriores situaciones, de una mera “estancia”, sino de una verdadera “presencia”. El sujeto no sólo “está” en un país, sino que “está presente” en dicho país. Es claro que “estar en un país” no es “habitar en un país”. Para “habitar en un país” se requiere una “presencia duradera”, que es lo que se trata de acreditar a través de este aspecto cuantitativo del elemento objetivo de la residencia habitual. No se mide ni se valora en este momento la intención del sujeto al instalarse en un país. Tampoco se trata, en este momento metodológico, de medir si la presencia física del sujeto en un país es “temporal” o es “estable” o “permanente”. De hecho, nadie puede decir que su presencia en un país será para siempre o lo será por un año, dos o diez. Lo que se valora es, exclusivamente, la duración temporal de su presencia en un país. Por ello, puede decirse que cuando una persona manifiesta una presencia duradera, continuada, prolongada y estable en un país, se cumple el aspecto cuantitativo del elemento objetivo de la residencia habitual. Se trata de calibrar ahora si la presencia es duradera en el tiempo, nada más. De este modo, por ejemplo, un ingeniero español que se traslada a vivir a Kuwait durante dos años para poner en marcha un proyecto hotelero muestra una “presencia física duradera” en dicho país. Cumple con la exigencia de “presencia” que requiere el aspecto cuantitativo del elemento objetivo de la residencia habitual. Su estancia en Kuwait es más que una “estancia”, es una “presencia duradera”.

(b) *Aspecto cualitativo de la presencia física de una persona en un Estado.* No resulta suficiente con la mera presencia física del causante durante un cierto tiempo, incluso muy prolongado o constante, en un concreto Estado, para afirmar que el sujeto dispone, en efecto, de su presencia física (*domus colere*) en dicho Estado. Esa presencia física incluso si es duradera, debe revestir, además, una “calidad específica”. Debe exigirse que se trate de una presencia “profunda” o “integrada” en dicho Estado (= una “presencia de calidad social y cultural”). A ello se refiere el Cons. [23] RES al indicar que la autoridad que sustancie

⁵² L. I. DE WINTER, “Nationality or domicile? The present state of affairs”, *RCADI*, 1969-III, pp. 347-504. En el mismo sentido, D.F. CAVERS, “Habitual Residence: A Useful Concept?”, *The American University Law Review*, 1971-1972, pp. 475-493; M.H. VAN HOOGSTRATEN, “La codification par Traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye”, *RCADI*, 1967, vol.122, pp. 337-435.

la sucesión debe tomar en consideración “... *en particular la [...] regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones [...] de dicha presencia*”. Se deben valorar, en este momento metodológico, la naturaleza y las características de tal presencia duradera del causante en un país determinado (= la “regularidad” y las “condiciones” de la presencia física). Se trata de aclarar qué tipo de presencia duradera en un concreto país manifiesta el causante. Dicha valoración permitirá descubrir si el sujeto dispone de una “presencia de calidad” en el país donde se encuentra físicamente. La locución tradicional romana lo explica muy bien. No se trata de poseer una “presencia duradera” en un país, sino de “habitar” en dicho país (= *domus colere* / el verbo latino “*colo, ui, cultum, ere*” significa “habitar”). Es obvio que “habitar” en un país reviste un carácter más profundo que “estar presente” en dicho país. La persona que habita en un país es la persona que está integrada en el contexto social y cultural de dicho país (= persona que dispone de relaciones sociales en dicho país). Ésa es la persona que tiene su casa (*domus*) en dicho país. Varios ejemplos pueden ayudar a comprender el matiz: (i) Un escritor norteamericano que se aísla en una casa alquilada o en una *suite* de hotel situada en el Algarve portugués para escribir un libro, aunque pase allí tres años, no tiene su residencia habitual en dicho país. No “habita” en Portugal porque no tiene relaciones con el entorno social de Portugal, con los habitantes de dicho país. Simplemente, “se encuentra en Portugal”, pero no “habita en Portugal”; (ii) Un sujeto inglés que vive de modo permanente en España pero que se hace traer de Inglaterra, mediante compras por Internet, la comida, el vestido y otro lo necesario para el sustento y la vida ordinaria, que no se relaciona con nadie en España, es un sujeto que no habita en España. Está presente en España pero no habita en España, pues carece de toda relación social en España. Su presencia física en España puede que sea permanente, pero no es una “presencia física de calidad”. Este sujeto no dispone de su residencia habitual en España. España no es el Estado en el que está situado el “*centro de interés de su familia y su vida social*” (Cons. [24] RES).

2º) *Elemento intencional o subjetivo*. Debe valorarse, en segundo lugar, la intención de la persona de fijar, en un concreto país, y con carácter estable, el centro de intereses de su vida familiar y profesional. La persona debe mostrar una intención de permanecer en un concreto lugar en el que dispone de una presencia duradera (*animus manendi / settled purpose*). Esa intención de permanecer se refleja en el Cons [23] RES, que exige una “regularidad” de la presencia del causante en el Estado de que se trate. Una presencia “regular” es una presencia “estable”, esto una presencia acompañada del *animus manendi* del sujeto (= de su voluntad de fijar su residencia en un Estado con vocación de permanecer en dicho Estado) (A. BONOMI)⁵³. Es preciso identificar con claridad, señala C. NOURISSAT, una voluntad libre del sujeto de querer establecer en un Estado concreto su centro familiar y social⁵⁴. La “residencia habitual” de una persona comporta intrínsecamente un elemento volitivo que está siempre presente. La persona, voluntariamente, sitúa su centro vital en un Estado porque ha tomado la decisión libre de tener un “centro” de sus actividades sociales y familiares y de tenerlo en un concreto Estado con el que su vínculo es estable, duradero, regular y constante. A ello se refiere el Cons. [23] RES, que indica que la autoridad que sustancie la sucesión debe tomar en consideración “... *en particular [...] los motivos de dicha presencia [del causante en el Estado de que se trate]...*”. Deben diferenciarse varios casos desde el prisma del “elemento intencional” de la residencia habitual.

(a) *Traslados forzados a un país*. La persona debe haber dejado clara su voluntad libre de habitar en un concreto lugar con vocación de permanencia. Se trata de una decisión libre del causante. El elemento subjetivo debe percibirse en la persona del causante. Es el causante el que debe decidir cuál es el país en el que quiere instalar su centro social de vida de modo estable y permanente. En consecuencia, si el causante ha sido inducido, forzado o engañado para, contra su voluntad o sin contar con su voluntad, transferirse de modo permanente a un concreto país, debe estimarse que ese causante no tiene su residencia habitual en dicho país. Puede ser útil recurrir al famoso ejemplo del “abuelo alemán en Zaragoza”: visto que las residencias para ancianos son más económicas en España que en Alemania, si los hijos de un anciano alemán de 90 años que vive en Berlín deciden internarle, contra la verdadera

⁵³ A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 2010-4, pp. 605-610.

⁵⁴ C. NOURISSAT, «Le champ d’application du règlement», en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed. Deffrénois, Paris, 2013, pp. 17-36.

voluntad de esta persona, en una residencia para la tercera edad situada en Zaragoza, debe considerarse que dicha persona no tiene intención de instalar su centro de vida en España. No tendrá su residencia habitual en España a efectos del Reglamento 650/2012. De igual modo, los menores que son obligados a trasladarse e instalarse permanentemente en países concretos, así como los presos y reclusos que están internados forzosamente en establecimientos de un país determinado, no han manifestado su intención personal y voluntaria de residir en dicho país. Su presencia duradera en un país no revela su intención de instalarse en dicho país. Por esta razón, no tendrán necesariamente su residencia habitual en tal Estado.

(b) *Traslados voluntarios a un país sin intención de permanencia.* Las personas que voluntariamente se trasladan a un país por motivos muy precisos que no implican su libre decisión de centrar su vida en dicho país, no tendrán en el mismo su residencia habitual. Éste es el clásico supuesto de los estudiantes. Así, un ciudadano francés que estudia en España durante seis meses al año y vive en París la otra mitad del año, no tiene su residencia habitual en España. No tiene ninguna intención de permanecer de forma estable en España. Por tanto, un período de estudios, perfectamente delimitado en el tiempo, en un país concreto, no refleja la voluntad del estudiante de instalarse en tal país, de modo que no tendrá en el mismo su residencia habitual. En este mismo sentido, un estudiante alemán que transurre nueve meses al año en España y que regresa en vacaciones a Alemania con su madre, no tiene su residencia habitual en España, por mucho tiempo que transcurra en España, y por muy integrado que esté en España, con cuyos nacionales se relaciona habitualmente y aunque tenga novia española. Dicho estudiante tiene su residencia habitual en Alemania pues su presencia en España no refleja intención alguna del mismo de permanecer en España (Sent Bundesgerichtshof 5 febrero 1975)⁵⁵. En este mismo supuesto se encuentran los sujetos que transurren períodos de tiempo limitados, más o menos extensos, en un país por puros motivos médicos, laborales, lúdicos, profesionales, visitas a parientes, y otros similares, aunque su presencia en dicho país sea duradera y prolongada e incluso si el sujeto está profundamente integrado en el ambiente social y cultural de dicho país.

4. Acreditación de los elementos constitutivos del concepto de “última residencia habitual del causante”. El mecanismo de la “evaluación general”.

48. Es claro que una cosa son los elementos que deben detectarse para poder hablar de residencia habitual (= la presencia física duradera e integrada del causante en un concreto país y la intención de dicho sujeto de habitar con carácter permanente en tal país), y otra bien distinta es la prueba o acreditación de tales elementos constitutivos de la residencia habitual en un caso concreto. En consecuencia, son tres los elementos a acreditar: (a) La presencia física duradera en un concreto país; (b) La integración del causante en la sociedad de dicho país; (c) La intención del sujeto de habitar con carácter permanente en dicho país. Debe subrayarse que de los tres elementos a acreditar, el primero (= la presencia física duradera del causante en un país) constituye una cuestión puramente cuantitativa que exige, únicamente, un cómputo del lapso temporal que el causante ha transcurrido en un país. Por tanto, lo que exige una prueba o verificación es, en primer lugar, la integración del causante en la sociedad de dicho país y en segundo lugar, la intención del sujeto de habitar con carácter permanente en dicho país. El Reglamento 650/2012 contiene una referencia al mecanismo técnico jurídico que debe utilizarse para determinar cuál es el país de la residencia habitual del causante, esto es, el país donde un causante tiene, por un lado, una “presencia física duradera e integrada” y, al mismo tiempo, la intención de permanecer en ese país. En efecto, el Cons. [23] RES indica que dicho procedimiento debe consistir en una “evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo”. Resulta necesario introducir varias precisiones metodológicas en torno a este procedimiento de “evaluación general”.

49. a) *La “evaluación” de los contactos.* Se trata de una auténtica “evaluación” y no de un mero “recuento cuantitativo” de contactos del causante con un concreto Estado. El tribunal debe “valorar”

⁵⁵ En *FamRZ*, 1975, pp. 272-275, citada por D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, p. 93.

(= esto es, contar, pero sobre todo, ponderar), los contactos de un causante con los distintos Estados (= “*argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda*”). Esos contactos deben ser “evaluados” (= la autoridad debe “*tomar en consideración*” tales contactos, dice el Cons. [23] RES). En efecto, el tribunal debe considerar “*todos los hechos pertinentes*” (Cons. [23] RES). En esta línea se enmarca la STJUE 15 septiembre 1994, as. C-452/93, *Pedro Magdalena Fernández v. Commission of the European Communities*⁵⁶, en la que como subraya A.-L. CALVO CARAVACA, “*la residencia habitual es el lugar en el que el interesado ha fijado, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses; naturalmente, a efectos de determinar la residencia habitual, es preciso tener en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de ésta*”⁵⁷. Todos los contactos cuentan (= el Cons. [23] RES se refiere a “*todos*” los hechos pertinentes”, aunque unos cuentan, pesan o valen más que otros (= el Cons. [23] RES se refiere a los hechos “*pertinentes*”, no a los que nada o poco tienen que ver con la integración social y familiar del causante en un Estado miembro: hechos o contactos no pertinentes a efectos sucesorios, datos no relevantes en el contexto sucesorio). Lo anterior significa que no todos los contactos pesan (= valen, cuentan) igual. Existen contactos y datos relevantes y contactos y datos menos relevantes a efectos sucesorios (= hechos pertinentes y hechos no pertinentes, en palabras del Cons. [23] RES). En este sentido es necesario insistir en que la precisión de la residencia habitual depende, en todo caso, de las circunstancias del caso concreto del que se trate.

50. b) El contexto sucesorio y la elipse conceptual de la residencia habitual de VAN HOOSTRATEN. Como ha recordado J.M. ESPINAR VICENTE, resulta muy acertada la “metáfora de la elipse” de M.H. VAN HOOGSTRATEN: “*la vida de una persona, al igual que una elipse, puede tener más de un centro*”⁵⁸. Como indica J. CARBONNIER, la residencia habitual constituye una noción con contenido variable (“*notion à contenu variable*”)⁵⁹. En efecto, una persona puede habitar con su familia en el país X pero tener sus negocios, y/o su patrimonio principal en otro país Z. En tal caso, su residencia habitual se localiza, a efectos familiares y personales, en el Estado X, mientras que su residencia habitual a efectos profesionales y/o patrimoniales se encuentra en el Estado Z. Esta disociación operativa” de la residencia habitual resulta adecuada y útil. Permite detectar la mayor vinculación objetiva de una persona con un país según la materia del litigio, lo que impide una internacionalización ficticia de las relaciones jurídicas y su deslocalización artificial. Si una persona habita con su familia en el Estado X, parece lógico que las controversias jurídicas relativas a sus relaciones jurídicas familiares y personales se decidan ante los tribunales del Estado X y con arreglo a la Ley del dicho Estado, y no ante los tribunales del Estado Z y según la Ley de Z.

En consecuencia, una persona puede tener su “residencia habitual” en varios países al mismo tiempo. Ello dependerá del tipo de litigio que se considere y de las circunstancias del supuesto (SAP Madrid 5 julio 2002). Así, es posible indicar que: (i) En los litigios relativos al Derecho de familia, son importantes y relevantes los vínculos y contactos con uno o varios países que derivan de la vida personal del sujeto, como su nacionalidad, el país donde habita su familia, el país donde reside el hijo de la persona en cuestión; (ii) En los litigios relativos al Derecho Patrimonial, son relevantes los vínculos relativos a la actividad profesional o laboral del sujeto con uno o varios países, como el lugar donde radican los negocios, el lugar donde se centraliza la producción de la empresa, el lugar donde se concluyen los contratos, el lugar desde donde se dirige una empresa o explotación económica, o el lugar donde radican los activos de una empresa; 3º) En los litigios sucesorios, que es lo que ahora interesa, las dificultades son mayores. En efecto, los litigios sucesorios son litigios patrimoniales relativos al destino de la herencia

⁵⁶ *Recopilación de Jurisprudencia*, 1994, p. I-04295.

⁵⁷ A.-L. CALVO CARAVACA, “Articles 4, 20 and 21”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (Eds.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, en prensa.

⁵⁸ J.M. ESPINAR VICENTE, “El concepto de residencia habitual en el sistema español de derecho internacional privado”, *Revista de derecho privado*, 1980, pp. 3-27; J.M. ESPINAR VICENTE, “Residencia habitual (Derecho internacional privado)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5876-5880; M.H. VAN HOOGSTRATEN, “La codification par Traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye”, *RCADI*, 1967, vol.122, pp. 337-435.

⁵⁹ J. CARBONNIER, “Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille”, *Travaux du Centre National de la recherche de la logique*, Bruylant, 1984, pp. 99-121.

del causante, pero en tales litigios están igualmente presentes intereses y circunstancias personales y familiares. El causante puede decidir el destino de sus bienes y la Ley, con frecuencia, establece reglas de asignación de tales bienes en favor de familiares. Por tanto, en los litigios sucesorios, cuentan tanto los factores de tipo personal como los factores de tipo patrimonial. Son importantes, así, los contactos de todo tipo del sujeto con uno o varios países, ya que la sucesión se refiere a aspectos tanto personales y/o familiares como patrimoniales. Es el “dilema sucesorio”: todos los contactos, personales, familiares y patrimoniales, cuentan. De ahí la dificultad intrínseca del proceso de comprobación de la residencia habitual del causante en un país determinado. Ahora bien, sin descartar ningún tipo de dato o elemento, el Reglamento 650/2012 otorga una cierta prevalencia a los contactos de tipo familiar y social sobre los contactos de tipo profesional y patrimonial. Así se desprende del Cons. [24] RES, que se refiere al centro de interés de la familia y de la vida social del causante. En consecuencia, la última residencia habitual del causante a efectos del Reglamento 650/2012 está determinada por el centro de la vida familiar y social del causante y no por el centro de vida profesional, económico o patrimonial de dicho sujeto. Por ello, el art. 4 RES fundamenta la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en el “centro de vida social y familiar del causante” (= en la integración social y familiar del causante), mientras que el art. 11 RES basa la competencia judicial internacional en el “centro de vida patrimonial del causante” (= foro del Estado miembro de situación de los bienes de la herencia). Así, puede también aceptarse que el lugar de situación de los bienes de la herencia no es revelador, por sí mismo, de la “residencia habitual del causante”.

51. c) Evaluación “general”. Indica el Cons. [23] RES que esta evaluación de los contactos del causante con un concreto Estado miembro debe ser una “*evaluación general*”. En efecto, se trata de “poner en relación” todos los elementos, datos y contactos del causante con diversos Estados. Un dato o contacto puede resultar significativo o importante para precisar el país de la residencia habitual del causante, pero no puede ni debe ser utilizado como “único dato”. Dicho contacto debe evaluarse en relación con los demás datos, informaciones y contactos del sujeto con los distintos Estados. Ejemplo: del dato aislado de la compra de un inmueble del sujeto en un país X no debe inferirse de forma axiomática la residencia habitual del sujeto en dicho país.

52. d) Evaluación “temporalmente limitada”. Esta evaluación debe limitarse a los elementos de contacto o circunstancias de la vida del causante “durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo” (Cons. [23] RES). En efecto, no debe olvidarse que se trata de concretar la residencia habitual del causante “en el momento del fallecimiento” de éste (art. 4 RES). Por ello no tiene sentido ni procede explorar la residencia habitual a través de elementos, datos, informaciones y circunstancias que se refieren a momentos temporales alejados en el tiempo respecto del momento del fallecimiento del causante. Antiguas y superadas residencias habituales del causante no resultan relevantes en este proceso argumentativo.

53. e) Datos concretos reveladores de la presencia física integrada del causante en un país y de la intención del mismo de habitar en dicho país con carácter permanente. Lo que debe ser evaluado por la autoridad competente son las “circunstancias de la vida del causante”. En efecto, interesa descubrir la residencia habitual del causante, no de su familia o de otros sujetos (Cons. [23] RES). Por otro lado, como antes se ha avanzado, lo que resulta relevante es el conjunto de datos o circunstancias de la “vida del causante” (= los datos de las “relaciones sociales y familiares del causante”, más que los datos económico-patrimoniales del mismo). En esta línea, puede resultar útil distinguir.

(a) *Datos útiles / indicios para constatar la integración del causante en la sociedad de un concreto país.* Son relevantes las circunstancias que ponen de manifiesto las relaciones del causante con la sociedad de un país determinado. Son datos que revelan la integración social y familiar permanente del causante con un Estado concreto. Entre tales datos pueden citarse la inserción del causante en actividades y círculos sociales propios de ese país, sus relaciones personales con habitantes de dicho país, especialmente si se trata de relaciones familiares, su participación en la vida política de dicho país o ciudad de residencia, el dominio por parte del causante de la lengua del país en cuestión y su grado de

seguimiento de las costumbres y hábitos del mismo, el lugar donde se halla el círculo de amistades del causante, lugar donde desarrolla su actividad relacional general, lugar donde reside su familia o los miembros relevantes de la misma, lugar donde reside su pareja, y otros similares. Igualmente, el hecho de que el causante viva en un inmueble de su propiedad sito en un Estado, muestra un peso mayor en la acreditación de su integración social, que una presencia del sujeto en un Estado en el que vive en un apartamento de alquiler o en precario.

(b) *Datos útiles para constatar la intención del causante de residir con carácter permanente en un concreto país.* Para acreditar el elemento intencional o subjetivo de la residencia habitual, resultan útiles diversas circunstancias externas tales como la apertura de una cuenta corriente bancaria en un banco de un determinado país para cargar a la misma los gastos cotidianos de la vida, la obtención de financiación de larga duración por parte de bancos de un país concreto, su trabajo estable en un país, firma de contratos de larga duración a ejecutar en ese país, etc.

(c) *Contactos con menor peso argumentativo.* Los contactos que presentan un menor peso en la argumentación necesaria para concretar la noción de residencia habitual del causante son los que, en sí mismos considerados, no denotan claramente una integración social y familiar del sujeto con un Estado en particular ni su intención de residir con carácter permanente en un país. En este sentido, los “datos meramente formales” podrán ser tomados en consideración para determinar el lugar de residencia habitual del causante, pero sólo en la medida en la que reflejen una auténtica integración de dicho sujeto con ese Estado. Las inscripciones registrales o en el padrón municipal de habitantes no presentan, por sí solas, ningún valor material que revele una residencia habitual del causante con el Estado en cuestión. La inscripción en un registro público puede y debe ser tenida en cuenta, pero, en sí mismo considerada, no dice nada que revele claramente una integración social y familiar del sujeto en el Estado de situación de dicho registro público. No es un “dato de la realidad” sino un “dato jurídico”, que no tiene por qué coincidir con la verdad de la situación personal del causante. En consecuencia, la solicitud y en su caso obtención de permiso de residencia o inscripción en el Registro de extranjeros de un país determinado, y la solicitud y, en su caso, obtención de la nacionalidad de un concreto Estado, constituyen datos formales adicionales que pueden ser valorados para reforzar “datos de la realidad” que sí demuestran la integración social del causante con un país y su intención de residir permanentemente en dicho Estado.

54. f) Resultado de la “evaluación general”. El mecanismo de la “evaluación general no es un capricho del legislador europeo. Dicho mecanismo constituye un sistema de valoración apropiado para poder acreditar la existencia de un “vínculo estrecho y estable [del causante] con el Estado de que se trate” (Cons. [23] RES). Son los órganos jurisdiccionales nacionales de cada Estado miembro los competentes para determinar la residencia habitual del causante mediante el citado mecanismo de la “evaluación general”.

5. Casos difíciles de precisión de la residencia habitual

55. La práctica legal internacional está plagada de casos extremadamente problemáticos en los que la precisión de la residencia habitual es realmente compleja. Algunos pueden destacarse.

56. a) Residencia habitual existente pero de compleja determinación. Enfoque general. Como se ha subrayado, determinar la residencia habitual del causante puede resultar realmente muy complejo. La vida de ciertos causantes puede estar conectada sustancialmente con varios y numerosos países al mismo tiempo. Por ello, en ciertos casos, dicha complejidad fáctica de la vida del causante obligará a la autoridad que conozca del asunto a desplegar una carga argumentativa más profunda (= debe argumentar con mayor intensidad su posición jurídica). Sin embargo, esta complejidad no autoriza al juez o autoridad ante la que se haya presentado la demanda a prescindir de este foro (= no es posible la “desactivación judicial” del foro de la residencia habitual del causante) y a optar por un *non liquet* (= “no está claro”) o por cualquier otro foro (Cons. [25] RES *in fine* por analogía). El juez debe siempre justificar la existencia o inexistencia de la residencia habitual del causante en un Estado miembro por difícil que resulte la argumentación.

57. b) Residencias habituales internacionalmente disociadas (residencia habitual profesional / residencia habitual familiar). En los casos de “residencias habituales internacionalmente disociadas” surgen, efectivamente, agudos problemas legales. En ciertos supuestos, el causante dispone de su “residencia profesional / residencia económica” en un Estado pero también tiene una “residencia familiar / residencia social” en otro Estado distinto. En estos casos, el causante dispone de una sede o residencia en un concreto país por motivos profesionales o económicos (= país donde trabaja, donde tiene sus recursos financieros, donde dispone de su sede profesional o empresarial, donde además suele tener un cierto patrimonio, incluso inmueble), pero conserva, igualmente, una residencia en otro Estado (= la residencia de su familia) que suele ser su Estado de origen. Ello pone de relieve que el causante mantiene también un vínculo estrecho y estable con dicho Estado de origen. En tal caso, y aunque la solución concreta siempre debe depender del caso particular del que se trate, podría considerarse que el causante tenía su última residencia habitual en su Estado de origen. Ello es así porque, como antes se ha dicho, es relevante el Estado miembro en el que estaba situado el “*centro de interés de su familia y su vida social*” (Cons. [24] RES), más que el Estado donde radican los intereses profesionales, económicos, financieros o patrimoniales del causante.

58. c) Residencias alternativas y contemporáneas del causante. Los casos de residencias habituales alternativas del causante (= éste, en realidad, vive en dos Estados miembros diferentes al mismo tiempo, pues dispone de dos centros familiares y sociales), pueden ser frecuentes, como indicó hace años D.F. CAVERS⁶⁰. Es el caso de determinados sujetos que tienen dos familias en dos Estados distintos, como se puede ver en ciertos *films* de sobremesa frecuentemente transmitidos por canales de televisión en España. Es el caso de los bígamos con familias que no se conocen entre sí. En tales supuestos, ciertos “factores especiales” (= de mayor peso en el razonamiento propio del mecanismo de la “evaluación general”) deben tomarse en cuenta. El Cons. [24] RES se refiere a: (a) La nacionalidad del causante; (b) El país de situación de los bienes de la herencia. De tal modo, si el causante tiene la nacionalidad de uno de los Estados en los que reside o tiene sus principales bienes en uno de estos Estados miembros, la nacionalidad de aquél o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.

59. d) Residencias intermitentes pero muy continuadas. Este caso se plantea, por ejemplo, cuando un sujeto viaja casi todos los fines de semana del año a un país donde mantiene ciertas relaciones personales o sociales. En tal supuesto, debe estimarse que el sujeto dispone de una “presencia física duradera” en dicho país. A partir de ahí, habrá que valorar si dicha presencia es además una presencia integrada en la sociedad de dicho país y si tiene intención de habitar permanentemente en dicho Estado. Sólo en ese caso, tendrá su residencia habitual en el mismo.

60. e) Residencias - estancias intermitentes pero poco continuadas. Este supuesto surge cuando un sujeto viaja de vez en cuando y por cortos períodos de tiempo, como un fin de semana, a un país determinado. En este caso, el sujeto no dispone de una “presencia física duradera” en dicho país, por lo que no cumple con el aspecto cuantitativo de elemento objetivo de la residencia habitual. No manifiesta *domus colere* en dicho Estado.

61. f) Causantes sin residencia permanente en un concreto país. Estos casos suscitan problemas de gran envergadura. Existen personas, es cierto, que no residen habitualmente en ningún país, es una realidad. Los modernos nómadas existen⁶¹. Podría pensarse que un sujeto que no tiene residencia permanente en ningún Estado en concreto no puede tener el centro de su vida familiar o social en ningún país. En consecuencia, no tendría ninguna residencia habitual en un Estado miembro, de modo que no deberían operar ni el art. 4 RES para la competencia judicial internacional ni el art. 21 RES para la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Frente a ello, de modo extraño, el Cons. [24] RES considera que

⁶⁰ D.F. CAVERS, “Habitual Residence: A Useful Concept?”, *The American University Law Review*, 1971-1972, pp. 475-493.

⁶¹ A.-L. CALVO CARAVACA, “Articles 4, 20 and 21”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (Eds.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, en prensa.

se puede emplear la nacionalidad del causante y el país de situación de los bienes de la herencia como “factores especiales” para determinar el Estado miembro de la residencia habitual del causante. De todos modos, y pese a lo que esté considerando indica con escasa precisión, no se debe forzar el criterio, pues se podría tergiversar su sentido auténtico. Al igual que hay personas sin nacionalidad, hay también personas sin residencia habitual en ningún Estado concreto. Si un sujeto no posee su centro social de vida en un Estado miembro, aunque el mismo tenga la nacionalidad de un Estado miembro o bienes en el territorio de un Estado miembro, el art. 4 RES no otorgará competencia judicial internacional a ningún tribunal de ningún Estado miembro. Deberá entonces recurrirse a los demás foros de competencia internacional sucesoria. En cuanto a la Ley aplicable, deberá buscarse un criterio subsidiario a la residencia habitual para determinar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Puede, en tal caso, utilizarse el art. 21.2 RES. No se trata de una aplicación analógica del precepto, sino de un recurso último (*extrema ratio*) en favor del principio inspirador del art. 21.2 RES ante una laguna del Reglamento 650/2012. Se recurre, pues, ante la falta de una residencia habitual concreta del causante en un país determinado, al principio de la “vinculación más estrecha” del causante con un Estado. Téngase presente también la colocación sistemática del párrafo 2 del art. 21 RES sugiere que éste puede ser empleado para los casos en los que falla la aplicación del párrafo 1 del mismo precepto (= la residencia habitual del causante).

62. g) *Supuestos de última residencia habitual de corta duración y disociación entre competencia judicial (residencia habitual) y Ley aplicable (Ley del Estado con el que el causante presenta un vínculo más estrecho)*. Si concurre el elemento objetivo de la residencia habitual, incluso en el supuesto de una presencia duradera aunque no muy prolongada en el tiempo en un concreto Estado, y concurre igualmente, por otra parte, una integración social del sujeto y el elemento intencional o subjetivo de la residencia habitual, debe estimarse que el sujeto tiene su residencia habitual en dicho Estado. Ello puede verificarse, por ejemplo, en el supuesto de un médico italiano que trabaja en Milán y que recibe una oferta, que acepta, para trabajar en un puesto de mayor responsabilidad e ingresos más cuantiosos en una clínica española como cirujano plástico y con carácter permanente, pero que fallece diez meses después de haberse instalado en España con su familia. Su residencia habitual está en España porque su presencia física en España es duradera, está integrado en la sociedad española, y tenía intención de permanecer a habitar en España. En efecto, no es infrecuente que ciertos causantes hayan trasladado su residencia habitual a un nuevo Estado miembro “*poco tiempo antes de su fallecimiento*” (Cons. [25] RES). En tal caso, es claro que si el centro familiar y social del causante radica en el nuevo Estado miembro, el art. 4 RES otorga competencia judicial internacional a los tribunales de dicho Estado miembro para conocer de los litigios sucesorios. Y es claro, también, que la ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, a falta de otra indicación del causante al respecto, es la Ley de la residencia habitual del mismo. Ahora bien, al tratarse de una residencia habitual “de corta duración”, es muy posible que quede acreditado que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con su Estado de origen. En tal caso, la Ley reguladora de la sucesión será la Ley de este otro Estado (= la Ley del Estado de origen del causante, que es el Estado con el que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho: art. 21.2 RES). Sin embargo, en tal caso, los tribunales competentes son los tribunales del Estado miembro de la última residencia habitual del causante. Tales tribunales aplicarán una Ley extranjera al fondo de la sucesión (art. 21.2 RES) y no pueden “despojarse de su competencia judicial internacional” para trasladar la competencia judicial internacional sobre el asunto a los tribunales del Estado miembro de origen del causante.

63. h) *Causantes que viven en un país los últimos años de su vida pero en “círculos nacionales cerrados” sin integración en la sociedad de dicho país*. Existen supuestos de personas que habitan los últimos años de sus vidas en otro país diferente al país de su nacionalidad pero que no se integran en las estructuras básicas de ese país de “residencia”. Tales sujetos se mueven en “círculos cerrados” formados por sus propios nacionales. No hablan el idioma del país de su residencia, no siguen las costumbres de dicho país, ni se relacionan con personas de dicho país. Compran en supermercados y otros negocios gestionados por gente de su país de origen y en los que se venden exclusivamente productos de su país de origen. Asisten exclusivamente a eventos relacionados con su país de origen. La precisión del país donde tales sujetos tienen su residencia habitual reviste una complejidad muy elevada. El Reglamento

650/2012 [sucesiones *mortis causa*] carece de una solución expresa para estos casos. Es cierto que, por una parte, el causante no está integrado en la sociedad “española” (= no se desenvuelve en un “ambiente social y cultural español” aunque resida en España). Sin embargo, es también cierto, por otra parte, que el sujeto, aunque no se relaciona con españoles ni se halla insertado en un “ambiente español”, sí que dispone de relaciones sociales que despliega en España. Su vida social está “en España”, aunque sólo se relacione con ingleses y lleve un modo de vida típicamente inglés. La conexión “residencia habitual” es una conexión de tipo territorial, en la que lo relevante es el “territorio” donde el sujeto dispone de su centro social de vida. Por el contrario, no es relevante el carácter del círculo social en desarrolla su vida la persona (= “círculo de ingleses que viven en España”). En consecuencia, parece que en estos supuestos debe estimarse que, siempre con específica atención a los datos del caso concreto, el causante dispone de su residencia habitual en España. Un elemento clave que debe considerarse en estos casos es la visibilidad de la residencia habitual del causante frente a terceros. Un sujeto que vive aislado en España, sin relacionarse con terceros, ni españoles ni extranjeros, es un sujeto que no tiene su residencia habitual en España porque esos terceros (= acreedores, familiares, etc.) desconocen que el causante tenía su residencia habitual en España. La aplicación de la Ley española y la competencia de los tribunales españoles a las cuestiones sucesorias, en el caso analizado, comportaría costes elevados para esos terceros. Sería un criterio de competencia judicial internacional y de Ley aplicable realmente imprevisible para tales terceros. Por el contrario, en relación con un ciudadano inglés que vive en España y que desarrolla su vida social en España aunque sólo se relaciona con ingleses, debe considerarse que dispone de su residencia habitual en España porque los terceros pueden, de manera sencilla, percibir el lugar donde el causante tiene y desarrolla sus relaciones sociales: España.

64. i) Causantes en situación de “empadronamiento por conveniencia”. A efectos de los arts. 4 y 21 RES, es irrelevante el “domicilio fiscal” o “administrativo” del sujeto en un determinado Estado. Dicho “domicilio fiscal” o “administrativo” sólo surte efectos fiscales o administrativos y no efectos de Derecho Privado. En relación con España puede afirmarse que la “inscripción en el padrón municipal de habitantes” de un municipio español no supone, automáticamente, que dicho sujeto tenga su residencia habitual en España (STS CA 11 noviembre 2009, STS 14 septiembre 2009, STS CA 8 marzo 1983, STS 10 junio 1966, STS 4 mayo 1977, STS 15 noviembre 1991, STS 30 enero 1993, SAP Madrid 5 julio 2002). Debe recordarse que, tal y como han recogido varios medios informativos, numerosos españoles en paro, por lo general de origen marroquí, se empadronan en Ceuta y Melilla, pero viven en Marruecos porque, en general, los precios son más reducidos en Marruecos que en España. Estas personas suelen utilizar “pisos-pateras” en los figuran como residentes más de ocho personas al mismo tiempo. Más de 200 hijos de estos españoles que residen realmente en Marruecos cruzan cada día la frontera para ir al colegio en Ceuta y Melilla⁶². Con frecuencia, estos españoles mantienen su inscripción en los padrones municipales españoles para poder percibir subsidios y ayudas del Estado español. Sin embargo, al tratarse de ayudas de escasa cuantía, no podrían sobrevivir dignamente en España, de modo que residen en verdad en Marruecos. De igual modo, pueden escolarizar a sus hijos en España. Desde 2008, la población de Ceuta ha crecido un 9,2% y la población de Melilla lo ha hecho un 17,2%. Numerosos trabajadores españoles musulmanes de origen marroquí, en efecto, que se encuentran en paro y que proceden de diversas regiones españolas crean artificialmente una residencia en Ceuta y Melilla, pero se instalan en Marruecos. Pues bien, estas personas tienen su residencia habitual en Marruecos, país donde realmente viven y no en España, país donde carecen de presencia física, integración social y ánimo de residir con intención de permanencia. Son sujetos en situación de “empadronamiento por conveniencia”, no por “residencia”.

65. j) Bebés. Puede sostenerse que la residencia habitual de los recién nacidos radica en el país donde reside habitualmente la persona que los cuida de modo directo (*primary carer*). Así, un bebé puede haber nacido en España de madre irlandesa con residencia habitual en Dublín. Sin embargo,

⁶² *Vid.* diario *El País* 9 diciembre 2013: “La crisis dispara el crecimiento demográfico de Ceuta y Melilla”; fuente: Instituto Nacional de Estadística INE.

debe considerarse que la residencia habitual del bebé en Irlanda aunque el mismo nunca haya estado en dicho país⁶³.

66. k) Personal diplomático y consular. El Reglamento no contiene una regla específica para determinar el domicilio de estos sujetos. Debe tenerse presente que no está permitido por el Reglamento concretar el país de residencia habitual o domicilio de estos ciudadanos mediante reglas jurídicas o presunciones jurídicas y de jure contenidas en legislaciones nacionales. Así, el art. 40.II CC dispone que “[e]l domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español”. Esta regla debe operar, exclusivamente, en relación con litigios que no han podido abrirse ante tribunales extranjeros debido a la excepción de inmunidad de jurisdicción. En efecto, si el Estado extranjero impide que un diplomático español pueda ser demandado ante tribunales de dicho Estado debido a la inmunidad de jurisdicción, el demandante siempre podrá accionar ante los jueces españoles, ya que el foro del domicilio del demandado / diplomático en España se lo permite. Ahora bien, dicha regla es inaplicable a efectos sucesorios. Si el diplomático está acreditado en un país donde tiene su centro social de vida, es allí donde tiene su residencia habitual diga lo que diga el art. 40 CC. Por otra parte, como con sagacidad ha subrayado A.-L. CALVO CARAVACA, no será infrecuente que ciertos diplomáticos debidamente acreditados en países extranjeros, no tengan relaciones sociales relevantes ni propiedades en el mismo y que su estancia allí sea breve. En tales supuestos, la cláusula de excepción puede impedir que se aplique la ley de tales Estados y potenciar la aplicación de la Ley del país de origen del personal diplomático o consular⁶⁴.

V. Reflexión final

67. La “última residencia habitual del causante” constituye el criterio de conexión y el foro de competencia que mejor se adapta al signo de los tiempos actuales. Es un concepto que permite a las personas desarrollar una vida líquida, cambiante, veloz y antiformalista. Es el mejor criterio que el Derecho internacional privado puede ofrecer en la era de la sociedad líquida. Como es evidente, precisar el país donde el causante tenía su última residencia habitual es más complejo que concretar el país cuya nacionalidad ostentaba dicho causante. Sin embargo, las ventajas operativas y valorativas de un criterio de Derecho internacional privado no se deben medir en función de su mayor o menor facilidad de prueba o de determinación. Se deben medir, por el contrario, en función de su aptitud para reflejar la mayor vinculación de una persona con un país. Y ahí, la residencia habitual gana la batalla. La residencia habitual es una “conexión social” (= la persona está vinculada con un Estado porque está integrada en la sociedad de ese Estado). El legislador de la UE entiende que la “conexión social” conduce a la aplicación de una Ley que genera costes conflictuales menores que los que comporta la aplicación de la Ley estatal a la que conduce una “conexión cultural”, como es la nacionalidad. El legislador de la UE prefiere la conexión residencia habitual porque arranca de la idea de que comporta la aplicación de una Ley de “aplicación previsible” para todos los interesados en la sucesión. La residencia habitual está basada, necesariamente, en contactos “sustanciales” del supuesto sucesorio con un país (= es el país donde, efectivamente, estaba integrado el causante), mientras que la “nacionalidad” es un punto de conexión basado en contactos que pueden ser puramente “formales” o “meramente aparentes” (= se puede ostentar la nacionalidad de un país sin haber vivido jamás en dicho país o habiendo abandonado dicho país hace años). La residencia habitual representa, por ello, en los litigios sucesorios, la conexión “más real y sustancial” de una situación con un concreto Estado. La residencia habitual del causante es la conexión de nuestros tiempos.

⁶³ A.-L. CALVO CARAVACA, “Articles 4, 20 and 21”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL (Eds.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, en prensa.

⁶⁴ *Vid.* nota precedente.

EL MATERIAL VEGETAL PROTEGIDO POR UNA PATENTE O UN DERECHO DE OBTENTOR Y EL EMPLEO DEL PRODUCTO DE SU COSECHA CON FINES DE PROPAGACIÓN: AGOTAMIENTO Y PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR EN EUROPA Y EN LOS EE.UU.*

THE VEGETAL MATERIAL PROTECTED BY PATENT OR PLANT VARIETY RIGHT AND THE USE OF THE PRODUCT OF THE HARVEST FOR PROPAGATING PURPOSES: EXHAUSTION AND FARMER'S RIGHT IN EUROPE AND USA

DR. ÁNGEL GARCÍA VIDAL**

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela*

Recibido: 09.01.2016 / Aceptado: 17.01.2016

Resumen: El presente trabajo analiza el conflicto entre los intereses de los titulares de derechos de exclusiva sobre plantas (obtenciones vegetales o patentes) y los agricultores, en relación con el empleo –con fines de reproducción o de multiplicación – del producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, del material protegido por la variedad o la patente.

En particular se analiza si los agricultores pueden invocar (y en qué medida) el agotamiento del derecho y el denominado privilegio del agricultor. Y todo ello se hace poniendo en contraste la situación en Europa –y por derivación en España– y en los EE.UU.

Palabras clave: obtenciones vegetales, patentes, agotamiento, privilegio del agricultor.

Abstract: This paper focuses on the conflict between farmers and the holders of intellectual property in plants (Plant variety rights or Patents) in relation to the use, by the farmers and for propagating purposes, of the product of the harvest which they have obtained by planting, on their own holdings, the protected material.

In particular it is examined whether farmers can invoke (and to what extent) the exhaustion of rights and the so-called farmer's privilege. The study is made contrasting the situation in Europe –and in Spain– and in the United States.

Keywords: plant variety rights, patents, exhaustion, farmer's privilege.

Summary: I. Preliminar: los títulos de obtención vegetal y las patentes sobre plantas. II. El conflicto entre los titulares de obtenciones vegetales o patentes y los agricultores, en relación con el empleo con fines de propagación en el campo del producto de la cosecha obtenido de haber plantado material de propagación protegido. 1. Exposición del conflicto. 2. El ámbito de exclusiva del derecho de obtentor y del derecho de patente: A) Las disposiciones del Convenio UPOV de 1991 y de las

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “DER2014-52241-P: Biotecnología vegetal y propiedad industrial” financiado por el Gobierno de España (Ministerio de Economía y Competitividad), del cual es investigador principal el autor.

** Acreditado como Catedrático.

regulaciones nacionales en Europa y en los EE.UU. B) La reproducción de las semillas protegidas por derecho de patente. 3. Las posibles excepciones. III. El agotamiento del derecho de obtentor y del derecho de patente. 1. El agotamiento del derecho de obtentor: A) En el CUPOV. B) En Europa y en los EE.UU. C) Conclusión. 2. El agotamiento del derecho de patente: A) La regulación expresa del agotamiento de la patente biotecnológica en el derecho de la UE. B) El desarrollo jurisprudencial estadounidense de los límites del agotamiento de la patente biotecnológica. IV. El privilegio del agricultor. 1. El privilegio del agricultor como limitación del derecho de obtentor: A) El carácter facultativo de la excepción. B) El privilegio del agricultor en la regulación europea de las obtenciones vegetales: a) Los límites a los que se sujeta el privilegio. b) La interpretación del TJUE. c) La normativa española. d) El privilegio del agricultor en los EE.UU. 2. El privilegio del agricultor y su aplicación a las patentes. V. Conclusiones.

I. Preliminar: los títulos de obtención vegetal y las patentes sobre plantas

1. Como es sabido, las variedades vegetales cuentan con un sistema específico de protección establecido por el Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales, firmado en París el 2 de diciembre de 1961, sucesivamente modificado en 1972, en 1978 y en 1991. Este Convenio crea la Unión de París sobre obtenciones vegetales (UPOV) y obliga a los Estados signatarios a proteger las obtenciones vegetales. Así, sobre la base del Acta de 1991 de este Convenio, se ha aprobado el Reglamento (CE) núm. 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales¹; y en España, la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales², otorgando un derecho de exclusiva (derecho de obtentor) a quien obtenga una variedad vegetal, siempre que ésta cumpla los requisitos de novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad.

2. En el Convenio de la UPOV de 1961 se permitía a los Estados firmantes conceder la tutela al obtentor de una variedad vegetal por medio de un derecho de patente o por medio de un título específico. Y se facultaba incluso que las legislaciones nacionales permitiesen ambas posibilidades, aunque se introdujo la prohibición de que una misma variedad estuviese protegida por ambas vías de manera cumulativa (artículo 2.1³).

3. Bajo la vigencia de este precepto (que no sufrió alteraciones en el Acta de modificación del CUPOV de 1972) se aprobó el Convenio sobre concesión de patentes europeas de 1973 (CPE), firmado en Múnich el 5 de octubre de 1973, en cuyo artículo 53 se dispuso que no se concederían las patentes europeas para “las variedades vegetales o las razas animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos de vegetales o animales, no aplicándose esta disposición a los procedimientos microbiológicos ni a los productos obtenidos por dichos procedimientos”.

4. No obstante, en el Acta del Convenio de la UPOV de 1991 desapareció la prohibición de doble protección que figuraba en las anteriores Actas del Convenio, limitándose el artículo 2 a disponer que “(c)ada Parte Contratante concederá derechos de obtentor y los protegerá”⁴. En consecuencia, se

¹ DO L 227 de 1.9.1994. Con carácter general, sobre este Reglamento, en la literatura mercantilista española: I. QUINTANA CARLO, “El Reglamento CE número 2100/1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 16 (1994-1995), págs. 81 y ss.

² BOE núm. 8, de 10 de enero de 2000. Para una exposición general de esta Ley: I. QUINTANA CARLO, “El nuevo régimen jurídico de las obtenciones vegetales (comentario de urgencia a la Ley 3/2000, de 7 de enero)”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 20 (1999) [Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa], págs. 309 y ss.

³ Según este precepto: “Chaque Etat de l’union peut reconnaître le droit de l’obtenteur prévu par la présente Convention par l’octroi d’un titre de protection particulier ou d’un brevet. Toutefois, un Etat de l’Union dont la législation nationale admet la protection sous ces deux formes ne doit prévoir que l’une d’elles pour un même genre ou une même espèce botanique”.

⁴ Según las declaraciones de MATTHIJS GUEZE, realizadas en la Conferencia diplomática de 1991 para la revisión del Convenio UPOV, el sistema UPOV “provide for the protection of plant varieties, but would leave them free to decide whether to grant such protection through patents, through an effective *sui generis* system such as the UPOV system, or through any combination of the two” [UPOV, *Records of the Diplomatic Conference for the Revision of the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants*, Geneva. 1992, parágrafo 74.2, pág. 180]. En consecuencia, considero infundada la tesis

pasó a permitir que una misma variedad estuviese protegida, a la vez, por una obtención vegetal y por una patente, como ya se venía haciendo en determinados países, como los EE.UU. de Norteamérica a raíz de la doctrina de la conocida sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Diamond v. Chakrabarty*⁵.

5. En efecto, en los EE.UU. la protección de las variedades presenta algunas peculiaridades que conviene recordar. Así, la primera Ley que concedió una protección específica a las variedades vegetales por medio de un derecho de exclusiva de carácter privado fue la *Plant Patent Act* (PPA) del año 1930, un texto en el que se concede protección a los obtentores de variedades vegetales reproducidas asexualmente, otorgándole un derecho de exclusiva denominado *plant patent*, de veinte años de duración, que permite impedir a terceros la reproducción, venta o uso de la planta.

6. La PPA es una regulación específica en el marco de la legislación de patentes, de modo que las *plant patents* son concedidas por la *Patent and Trademark Office*. No obstante, posteriormente, y a raíz de las oportunas presiones de los sectores implicados, se procedió a conceder protección específica a los obtentores de variedades de reproducción sexual, aprobándose así la *Plant Variety Protection Act* (PVPA) en 1970, un texto adoptado sobre la base de las disposiciones del Convenio de la UPOV.

7. Pues bien, a pesar de la existencia de esta normativa específica de los EE.UU. para la protección de las variedades vegetales, se ha admitido la posibilidad de proteger las variedades también por la vía de las patentes, y no solo de las patentes específicas para plantas (*plant patents*), sino también por la vía general de la regulación de las patentes (las denominadas *utility patents*) sujetas íntegramente a los requisitos generales para la concesión de patentes y no a los específicos de la *Plant Patent Act* (donde los requisitos de non-obviousness, utility y la suficiencia de la descripción resultan modulados). Así se ha hecho desde el caso *Hibberd*⁶, en el que la *Board of Patent Appeals and Interferences* de la *United States Patent and Trademarks Office* (USPTO) entendió que unas semillas de maíz con determinadas características eran susceptibles de patentabilidad, [amparándose en la referida sentencia *Diamond v. Chakrabarty*, del Tribunal Supremo, en la que se concluye que la legislación estadounidense de patentes prevé la concesión de patentes a quien inventa o descubre “any” new and useful “manufacture” or “composition of matter”, y un microorganismo elaborado por el hombre constituye una “manufacture” or “composition of matter”, pues no se trata de una ley de la naturaleza, de un fenómeno físico o de una idea abstracta (que no son patentables), sino de un producto del ingenio humano]. Y esta interpretación ha sido confirmada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Pioneer Hi-bred* de 2001⁷, en la que se admite que una misma variedad sea protegida a la vez por medio de una *utility patent* y por medio de una *plant patent* o un derecho de obtentor, sin que exista contradicción alguna entre los sistemas de protección.

8. La posibilidad de la doble protección de las variedades se incluye también en el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (“Acuerdo ADPIC” –en inglés, “TRIPs”–), que figura como anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, en cuyo artículo 27.3 se dispone que “los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste”. De hecho, además de los EE.UU. también permiten la concesión de patentes sobre las variedades otras jurisdicciones, como Japón, Corea del Sur o Australia⁹.

doctrinal que sostiene que es dudoso que en el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV haya desaparecido la prohibición de la doble protección, tesis defendida, por ejemplo, por G. WÜRTENBERGER, / P. VAN DER KOOL, / B. KIEWIET / M. EKVAD, *European Community Plant Variety Protection*, Oxford University Press, Oxford 2006, pág. 9.

⁵ 447 U.S. 303 (1980).

⁶ *In re Hibberd*, 227 USPQ 443 (BNA) (Bd Pat App Int 1985).

⁷ Title 35 U.S.C. § 101.

⁸ Sentencia de 10 de diciembre de 2001, *J. E. M. Ag supply, Inc., DBA Farm advantage, inc., et al. v. Pioneer hi-bred international, Inc.* [534 U.S. 124 (2001) 200 F.3d 1374].

⁹ M. D. JANIS, “Patenting plants: A comparative synthesis”, en R. L. OKEDJII, / M. A. BAGLEY, *Patent Law in global perspective*, Oxford University Press, New York, 2014, págs. 213 y ss. (217 y ss.)

9. No obstante, en Europa se continúa con la prohibición de patentabilidad de las variedades vegetales. Y así, además de en el artículo 53 del CPE, también se establece en la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas¹⁰ (artículo 4.1 a). Y en el Reglamento (CE) núm. 2100/94, relativo a la protección comunitaria de variedades vegetales, el artículo 92 prohíbe la tutela simultánea de una variedad por medio de una obtención y por medio de una patente, aunque en ningún momento entra este precepto en la cuestión de la patentabilidad de las variedades, porque esa es una cuestión que excede del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) núm. 2100/94.

10. Por su parte, en España la Ley 3/2000, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, modificó¹¹ la Ley de patentes de 1986 para disponer que no eran patentables las variedades vegetales (modificación del artículo 5.1 b LP) y que no podían ser protegidas como modelos de utilidad las invenciones de procedimiento y las variedades vegetales (modificación del art. 143.3 LP). Y posteriormente, la Ley de patentes de 1986 volvió a ser modificada por el art. 1.2 de la Ley 10/2002, de 29 de abril, Ley con la que se incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva de invenciones biotecnológicas. Y así, se dio una nueva redacción al artículo 5.2 de la LP de 1986, equivalente a la Directiva, en virtud del cual no podrán ser objeto de patente las variedades vegetales. Y exactamente la misma dicción literal se mantiene en el artículo 5.2 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes.

11. De cuanto se ha dicho hasta el momento se desprende que en Europa, a diferencia de los EE.UU, no pueden ser patentadas las variedades vegetales. No obstante, queda expedita la posibilidad de patentar invenciones sobre plantas siempre que no se limiten a una concreta variedad vegetal. En consecuencia, en estos casos, tanto en EE.UU como en Europa será posible obtener una patente.

12. En efecto, en el artículo 4.2 de la Directiva de invenciones biotecnológicas se dispone que “serán patentables las invenciones que tengan por objeto vegetales o animales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada”. Y en los considerandos 31 y 32 de la Directiva se aclara que “un conjunto vegetal caracterizado por la presencia de un gen determinado (y no por la totalidad de su genoma) no es objeto de la protección de variedades”, de modo que “no está excluido de la patentabilidad, aun en el caso de que este conjunto abarque variedades vegetales”; y que “cuando una invención se limite a modificar genéticamente una variedad vegetal y se obtenga una nueva variedad vegetal, la invención seguirá estando excluida de la patentabilidad, aun cuando dicha modificación genética no sea el resultado de un procedimiento esencialmente biológico sino de un procedimiento biotecnológico”.

13. E igual conclusión es aplicable a las patentes europeas, a raíz de la Decisión de la Alta Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes de 20 de diciembre de 1999 (Caso G 1/98, Transgenic plant/NOVARTIS II) y de la Decisión del Consejo de Administración de la Organización Europea de Patentes de 16 de junio de 1999¹², que modificó el Reglamento de ejecución del Convenio sobre la patente europea, para introducir un nuevo capítulo¹³ que reproduce, prácticamente de manera literal, las disposiciones de la Directiva¹⁴.

¹⁰ DO L 213 de 30.7.1998.

¹¹ Vid. Disposición final primera.

¹² Official Journal EPO 7/1999, pág. 437.

¹³ Capítulo VI de la Parte II, rubricado “Biotecnological inventions”.

¹⁴ El Reglamento de ejecución del CPE ha sido modificado por última vez, por medio de la Decisión del Consejo de administración del CPE de 15 de octubre de 2014. En la actualidad se mantienen los preceptos sobre las invenciones biotecnológicas introducidos en 1999, aunque ha variado la numeración inicial. Entre las reglas de ejecución se encuentra una (inicialmente la regla 23 c y que posteriormente ha pasado a ser la regla 27), según la cual: “Biotechnological inventions shall also be patentable if they concern: (b) plants or animals if the technical feasibility of the invention is not confined to a particular plant or animal variety”.

II. El conflicto entre los titulares de obtenciones vegetales o patentes y los agricultores, en relación con el empleo con fines de propagación en el campo del producto de la cosecha obtenido de haber plantado material de propagación protegido

1. Exposición del conflicto

14. Desde tiempos inmemoriales, los agricultores conservan semillas de su propia producción para proceder a sembrarlas en el siguiente ciclo de cultivo. Esta práctica tiene especial relevancia en el caso de las especies que se fecundan a sí mismas (autógamas), como puede ser el trigo, porque en estos casos se mantienen las características de la especie en los sucesivos ciclos. No obstante, tratándose de especies alógamas o de fecundación cruzada, como por ejemplo el maíz, en cada ciclo que responda a una semilla resembrada, se produce una notable variación de los fenotipos¹⁵, con lo que la referida práctica pierde utilidad.

15. De este modo se produce un conflicto entre los intereses de los titulares de derechos de exclusiva sobre las plantas (obtenciones vegetales o patentes) y los agricultores. Los primeros están interesados en conseguir que cada vez que se proceda a la siembra se deban pagar regalías. En cambio, los agricultores desean poder reservarse una parte de las semillas para el siguiente ciclo de cultivo, y utilizarlas a tal fin, sin necesidad de tener que retribuir adicionalmente al titular de los derechos de propiedad industrial sobre la semilla, y sin contar con su consentimiento.

16. El conflicto tiene alcance mundial y en él se mezclan consideraciones jurídicas con connotaciones políticas y económicas (presentándose en ocasiones como una manifestación de la explotación de los países pobres –donde se encuentran los agricultores– por parte de los países ricos –a los que pertenecen los titulares de los derechos). Con todo, sin negar esta vertiente, semejante lectura sería reduccionista, pues la controversia entre los titulares de la exclusiva y los agricultores que desean reservarse una parte de la semilla para los siguientes ciclos, se aprecia igualmente en los países desarrollados.

17. De igual modo, en ocasiones se presenta el conflicto como un enfrentamiento entre el uso de semilla certificada o no, argumentándose que al imponerse la utilización de semilla certificada se impide a los agricultores la utilización de semillas nativas no certificadas.

18. Sin embargo, debe tenerse presente que no toda semilla certificada está protegida necesariamente por derechos de obtención o de patente. Ello es debido a que el proceso de certificación lo que garantiza es la calidad de la semilla, controlando aspectos como su origen, trazabilidad, homogeneidad, pureza específica, pureza varietal, germinación, ausencia de otras semillas no deseadas en la siembra, sanidad y humedad. Y así, por ejemplo, en España, solo se permite la producción y comercio de semillas de variedades comerciales que figuren inscritas en el Catálogo Nacional de Variedades Comerciales o bien en el Catálogo Comunitario, catálogos a los que se puede acceder sin necesidad de que la variedad esté protegida¹⁶.

19. Pues bien, hechas estas consideraciones preliminares, a efectos de analizar el conflicto y sus posibles soluciones, habrá que examinar, en primer lugar, si el derecho de obtentor y el derecho de patente se extienden o no hasta el punto de impedir la referida conducta de los agricultores. Posteriormente, en caso de que así sea, habrá de analizarse si pueden estos últimos ampararse en algún tipo de excepción. Y todo ello se hará poniendo en contraste la situación en Europa –y por derivación en España- y en los EE.UU.

¹⁵ S. CALVO, “El privilegio del agricultor. Situación en EEUU, Europa y Argentina”, *Técnica Administrativa*, Vol. 4, núm. 24, octubre/diciembre 2005, disponible en Internet en <http://www.cyta.com.ar/ta0406/v4n6a4.htm> (Visitado por última vez el 29.12.2015).

¹⁶ Vid, al respecto, la Ley 30/2006, de 26 de julio, de semillas y plantas de vivero y de recursos fitogenéticos (BOE» núm. 178, de 27 de julio de 2006).

2. El ámbito de exclusiva del derecho de obtentor y del derecho de patente

a) Las disposiciones del Convenio UPOV de 1991 y de las regulaciones nacionales en Europa y en los EE.UU

20. El artículo 14.1 del Convenio de la UPOV de 1991 enumera el elenco de actos que no pueden ser realizados sin el consentimiento del titular del derecho de propiedad industrial sobre la obtención vegetal. Según dicho precepto, se requerirá la autorización del obtentor para los realizar los siguientes actos respecto de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida: i) la producción o la reproducción (multiplicación), ii) la preparación a los fines de la reproducción o de la multiplicación, iii) la oferta en venta, iv) la venta o cualquier otra forma de comercialización, v) la exportación, vi) la importación, y vii) la posesión para cualquiera de los fines anteriormente mencionados.

21. Estos actos pueden impedirse cuando se realizan en relación con material de reproducción o multiplicación de la variedad. Y subsidiariamente se prevé la posibilidad de prohibir los actos realizados respecto del producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas, obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida (artículo 14.2 CUPOV 1991). Pero en este caso se exige que el obtentor no haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación. Porque si pudiendo hacerlo no lo ha hecho, posteriormente no puede prohibir los actos de comercialización del producto de cosecha. Se establece, así, lo que se denomina “solución en cascada”¹⁷ o “sistema de royalty en cascada”¹⁸, en virtud del cual el obtentor no puede elegir el momento en que ejercitara el derecho, sino que deberá hacerlo en primer lugar en relación con los actos llevados a cabo por el tercero con el material de multiplicación o reproducción, y sólo cuando no le sea posible, en relación con los actos realizados con el producto de cosecha.

22. Asimismo, se faculta a los Estados miembros de la UPOV a prohibir, más subsidiariamente, los actos realizados respecto de productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida, por utilización no autorizada de dicho producto de cosecha. No obstante, en estos casos el artículo 14.3 CUPOV exige que el obtentor no haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho producto de cosecha

23. De manera similar al CUPOV 1991 se expresan el Reglamento (CE) núm. 2100/94 y la Ley 3/2000, textos en los que también se articula la protección de la obtención vegetal en tres escalones. Así, el artículo 13.2 del Reglamento y el artículo 12 de la Ley 3/2000 establecen un primer escalón de protección, confiriendo el derecho exclusivo a llevar a cabo una serie de actuaciones respecto al material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida [producción, reproducción (multiplicación), acondicionamiento a los fines de la reproducción o de la multiplicación, oferta en venta, venta o cualquier otra forma de comercialización, exportación, importación, o posesión para estos fines]

24. Junto a este primer escalón, y de manera subsidiaria, el Reglamento (artículo 13.3) y la Ley (artículo 13.1) permiten al titular de la obtención dirigirse contra la realización de actos, no en relación con material de la variedad, sino en relación con el producto de la cosecha si éste se ha obtenido mediante el empleo no autorizado de componentes de la variedad protegida (segundo escalón). Pero siempre y cuando el titular no haya tenido una oportunidad razonable para ejercer sus derechos sobre los componentes de la variedad.

¹⁷ A. KEUKENSCHRIJVER, *Sortenschutzgesetz unter Berücksichtigung der Verordnung Nr. 2100/94 (EG) des Rates über den gemeinschaftlichen Sortenschutz*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001, pág. 115.

¹⁸ P. AMAT LLOMBART, “Concepto, contenido y límites del derecho de obtentor de variedades vegetales según la Ley 3/2000 de 7 de enero y el Real Decreto 1261/2005 de 21 de octubre”, en P. AMAT LLOMBART (Coord.), *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismo transgénicos*, Valencia, 2007, págs. 177 y ss. (197).

25. Finalmente, en relación con el tercero de los escalones que el CUPOV de 1991 permite introducir, en el Reglamento (CE) núm. 2100/94 se permite que las normas de desarrollo del Reglamento extiendan el derecho de obtentor a los productos obtenidos directamente de material de la variedad protegida, cuyo empleo no haya sido autorizado, siempre que el titular no haya tenido una oportunidad razonable para ejercer sus derechos sobre dicho material. Sin embargo, esta posibilidad no se ha materializado en las normas de desarrollo.

26. Por su parte, en España, la opción del art. 14.3 del Acta UPOV de 1991 fue utilizada en el Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de obtenciones vegetales. Así, el artículo 7.1 del RD 1261/2005 dispone que el obtentor que no haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con la producción del material de reproducción de su variedad protegida, o con el producto obtenido de su siembra o plantación, sin su autorización, podrá ejercerlo sobre los productos fabricados con material obtenido de su variedad cuando pueda demostrar con pruebas documentales, como facturas de compra o venta, documentos relativos al acondicionamiento de grano u otros, que el producto se fabrica con material de su variedad o cuando pueda demostrar mediante pruebas técnicas inequívocas que el producto fabricado lo es con material de su variedad. Sin embargo, este precepto fue anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a) de 5 junio 2007¹⁹ “en tanto que cercena la posibilidad de utilizar cualquier medio de prueba admisible en Derecho para acreditar los hechos relevantes que puedan permitir al obtentor demostrar su derecho a requerir autorización sobre los productos fabricados con material obtenido de su variedad, cuando no haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con la producción del material de reproducción o con el producto obtenido de su siembra o plantación”²⁰.

27. Pues bien, las semillas constituyen material de reproducción de una variedad, por lo que está claro que encajan en el primero de los escalones de protección del Convenio UPOV, del Reglamento (CE) núm. 2100/94 y de la Ley 3/2000. En consecuencia, quien emplee el producto de la cosecha, como las semillas, con un fin de propagación en ciclos posteriores, en principio y salvo que sea aplicable alguna excepción, estaría realizando un acto de infracción del derecho de obtentor.

28. De hecho, no solo existirá infracción civil del derecho, sino también, eventualmente, la comisión de un delito contra la propiedad industrial por infracción de una obtención vegetal ajena. Es muy significativa, por ejemplo, la sentencia núm. 26/2012 de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1^a), de 22 febrero de 2012²¹, que confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Cuenca de 3 de octubre de 2010, en la que se condena a un sujeto que, actuando como encargado de una sociedad mercantil, se dedicó de forma habitual y profesional a acondicionar, para su posterior comercialización con destino a la siembra, los productos de cosechas obtenidos a partir de semillas certificadas de variedades vegetales registradas, para lo cual trató el grano, lo envasó y lo destinó para su venta a agricultores de la zona como si se tratara de semilla certificada de esas variedades registradas, y a un precio inferior al de la semilla auténtica, sin factura alguna. Y todo esto lo realizó con conocimiento de que las variedades vegetales a las que se decía que pertenecía el grano que vendía como semilla estaban registradas y sin que el acusado contara con la autorización de los legítimos titulares de los derechos de explotación de esas variedades vegetales.

29. De igual modo, la obtención y reutilización de semillas también constituye una infracción de los derechos de obtención según la normativa de los EE.UU. Porque la PVPA –sobre la base del CUPOV– permite al titular de una obtención prohibir los actos de multiplicación de la variedad²².

¹⁹ RJ 2007/6337.

²⁰ Sobre esta sentencia: M. BOTANA AGRA, “El Tribunal Supremo anula determinados preceptos del RD 1261/2005 por el que se aprueba el Reglamento de protección de las obtenciones vegetales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 27 (2006-2007), págs. 1170-1171.

²¹ JUR 2012/95499.

²² En efecto, según la PVPA [§ 2541, apartado a), del 7 U.S. Code]: “Except as otherwise provided in this subchapter, it shall be an infringement of the rights of the owner of a protected variety to perform without authority, any of the following acts

b) La reproducción de las semillas protegidas por derecho de patente

30. En los casos en los que exista una patente que proteja una invención vegetal, hay que tener presente que el artículo 8 de la Directiva de invenciones biotecnológicas dispone que “la protección conferida por una patente relativa a una materia biológica que, por el hecho de la invención, posea propiedades determinadas se extenderá a cualquier materia biológica obtenida a partir de dicha materia biológica por reproducción o multiplicación en forma idéntica o diferenciada y que posea esas mismas propiedades”. Y según el apartado segundo de ese mismo precepto, “la protección conferida por una patente relativa a un procedimiento que permita producir una materia biológica que, por el hecho de la invención, posea propiedades determinadas se extenderá a la materia biológica directamente obtenida por ese procedimiento y a cualquier otra materia biológica, obtenida a partir de la materia biológica directamente obtenida, por reproducción en forma idéntica o diferenciada y que posea estas mismas propiedades”.

31. Por lo tanto, de conformidad con estas disposiciones (incorporadas al artículo 50 de la Ley de patentes de 1986 y al artículo 59 de la Ley de 2015), el empleo del producto de la cosecha con fines de propagación también constituirá, en principio, un acto de infracción de la patente.

32. Un resultado similar se produce en los EE.UU, pues si la variedad o el vegetal está protegido por una *plant patent*, su titular dispone del derecho “to exclude others from asexually reproducing the plant, and from using, offering for sale, or selling the plant so reproduced, or any of its parts, throughout the United States, or from importing the plant so reproduced, or any parts thereof, into the United States”²³.

33. Y en caso de una *utility patent*, la *Patent Act* dispone que “whoever without authority makes, uses or sells any patented invention, within the United States during the term of the patent therefor, infringes the patent”²⁴.

3. Las posibles excepciones

34. Una vez comprobado cómo el derecho de obtentor y el derecho de patente permiten a su titular impedir la utilización del producto de la cosecha con fines de propagación en sucesivos ciclos de cultivo, debemos examinar ahora si tal proceder encuentra acomodo en alguna de las excepciones o limitaciones del derecho que se prevén en la normativa reguladora de las obtenciones vegetales y de la patentes.

35. En particular, cabe pensar en la aplicación de dos posibles excepciones, el agotamiento del derecho y el privilegio del agricultor, excepciones que se recogen tanto en la legislación estadounidense como en la europea, si bien con distinto alcance. Corresponde, pues, examinar si es factible su aplicación al supuesto que nos ocupa.

in the United States, or in commerce which can be regulated by Congress or affecting such commerce, prior to expiration of the right to plant variety protection but after either the issue of the certificate or the distribution of a protected plant variety with the notice under section 2567 of this title: (1) sell or market the protected variety, or offer it or expose it for sale, deliver it, ship it, consign it, exchange it, or solicit an offer to buy it, or any other transfer of title or possession of it; (2) import the variety into, or export it from, the United States; (3) sexually multiply, or propagate by a tuber or a part of a tuber, the variety as a step in marketing (for growing purposes) the variety; (4) use the variety in producing (as distinguished from developing) a hybrid or different variety therefrom; (5) use seed which had been marked “Unauthorized Propagation Prohibited” or “Unauthorized Seed Multiplication Prohibited” or progeny thereof to propagate the variety; (6) dispense the variety to another, in a form which can be propagated, without notice as to being a protected variety under which it was received; (7) condition the variety for the purpose of propagation, except to the extent that the conditioning is related to the activities permitted under section 2543 of this title; (8) stock the variety for any of the purposes referred to in paragraphs (1) through (7); (9) perform any of the foregoing acts even in instances in which the variety is multiplied other than sexually, except in pursuance of a valid United States plant patent; or (10) instigate or actively induce performance of any of the foregoing acts”.

²³ 35 U.S. Code § 163.

²⁴ U.S. Patent Law, 35 U.S.C, Section 271.

III. El agotamiento del derecho de obtentor y del derecho de patente

1. El agotamiento del derecho de obtentor

a) *En el CUPOV*

36. La figura del agotamiento del derecho de obtentor aparece recogida en el artículo 16 del Convenio de la UPOV de 1991, según el cual el derecho de obtentor no se extiende a los actos relativos al material de su variedad o de una variedad cubierta por el derecho “que haya sido vendido o comercializado de otra manera en el territorio de la Parte Contratante concernida por el obtentor o con su consentimiento, o material derivado de dicho material, a menos que esos actos i) impliquen una nueva reproducción o multiplicación de la variedad en cuestión, ii) impliquen una exportación de material de la variedad, que permita reproducirla, a un país que no proteja las variedades del género o de la especie vegetal a que pertenezca la variedad, salvo si el material exportado está destinado al consumo”.

37. De este modo, se establece, en relación con las obtenciones vegetales, una limitación general de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Y como sucede con los demás derechos de propiedad industrial e intelectual, lo que se pretende con el agotamiento es facilitar la libre circulación de mercancías en el territorio del Estado o Parte contratante del Convenio de la UPOV que reconoce el derecho, de modo que el titular de una obtención que haya puesto determinados productos en circulación pierde el derecho a controlar sus sucesivos movimientos amparándose en el derecho de obtentor.

38. Por lo demás, el CUPOV aclara (art. 16.2) que el agotamiento opera en relación con los actos de comercialización del material de la variedad, entendiendo por tal i) el material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en cualquier forma, ii) el producto de la cosecha, incluidas las plantas enteras y las partes de plantas, y iii) todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha. Esta aclaración es paralela a la extensión del derecho de exclusiva al producto de la cosecha y a los productos obtenidos con ellos (si bien, como ya he explicado, con carácter subsidiario). Por lo tanto, cualquier acto de comercialización de estos elementos impedirá la invocación del derecho de obtentor en relación con los ulteriores actos de comercialización realizados por el adquirente.

39. Ahora bien, la peculiaridad del artículo 16 del CUPOV 1991 reside en que – como se ha visto- establece una serie de supuestos en los que no opera el principio del agotamiento y, en consecuencia, renace el derecho de exclusiva. Tal sucede cuando se proceda a una nueva reproducción o multiplicación de la variedad. Porque el agotamiento no afecta al material obtenido a partir del material original que ha sido comercializado por el obtentor o con su consentimiento²⁵. De este modo, por ejemplo, si el titular de la variedad o alguien con su consentimiento comercializa semillas de la variedad protegida, no podrá impedir que el tercero adquirente de las semillas las revenda. Pero lo que sí podrá es impedir que éste las reproduzca para generar nuevas semillas.

40. Y tampoco opera el agotamiento cuando el material de la variedad se exporta a un país en que ésta no está protegida, a fin de evitar que se reproduzca en dicho país sin compensación para el titular, riesgo que desaparece cuando el destino del material es el consumo humano. Y por esa razón, en este último caso, se producen los efectos del agotamiento.

²⁵ Como afirma SÁNCHEZ HERRERO [*El contenido patrimonial del derecho de obtentor*; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba (Argentina), 2007, pág. 250], si el principio del agotamiento del derecho de obtentor se extendiese al material obtenido con el material comercializado por el titular del derecho o por un tercero con su consentimiento, se produciría “el absurdo de que con la adquisición del material protegido el adquirente podría competir en igualdad de condiciones con el obtentor, lo que erosionaría por completo el régimen del derecho de obtentor, desnaturalizándolo e impidiéndole cumplir la finalidad que inspiró su reconocimiento”.

b) En Europa y en los EE.UU.

41. De acuerdo con la previsión del CUPOV, el Reglamento (CE) núm. 2100/94 ha recogido el agotamiento en su artículo 16, dándole un alcance territorial en toda la Unión, pues el Reglamento se refiere a material de la variedad “que haya sido cedido a terceros en cualquier parte de la Comunidad”, debiendo entenderse por tal el mercado de los países miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. En consecuencia, al tener el agotamiento un alcance europeo, el titular del derecho no podrá intervenir en la elección de los territorios en los que se van a revender, ni de los sujetos a los que se van a trasmisir. En consecuencia, no le será posible impedir las llamadas importaciones paralelas, esto es, las importaciones llevadas a cabo por terceros, desde un Estado miembro, de los productos comercializados allí por el titular de la obtención vegetal, o con su consentimiento. Pero sí puede impedir la importación a la Unión Europea o al EEE de productos comercializados inicialmente fuera de ese ámbito.

42. Con todo, en el Reglamento (CE) núm. 2100/94 se prevé que sí operará el agotamiento cuando “la propagación estuviera prevista en el momento de ceder el material”. Porque en tal caso es claro que el titular del derecho ha consentido esa ulterior propagación del material de la variedad.

43. De igual modo, también en España la Ley 3/2000 recoge el principio del agotamiento (art. 16), si bien disponiendo que dicho agotamiento se produce en relación con el material de la variedad que haya sido vendido o comercializado en España. Esta circunstancia es llamativa, toda vez que en otros ámbitos como en el de las patentes o las marcas, se establece el alcance europeo del agotamiento, incluso en relación con los derechos de propiedad industrial nacionales. Y el propio CUPOV prevé, en el apartado 3 del artículo 16, que “las Partes Contratantes que sean Estados miembros de una sola y misma organización intergubernamental, cuando las normas de esa organización lo requieran, podrán actuar conjuntamente para asimilar los actos realizados en los territorios de los Estados miembros de esa organización a actos realizados en su propio territorio; en tal caso, notificarán esa asimilación al Secretario General”.

44. En todo caso, en la Ley española también se prevé el renacer del derecho cuando los actos impliquen una nueva reproducción o multiplicación de la variedad o una exportación de material de la variedad a un país que no la proteja (salvo que el material exportado se destine al consumo humano). De hecho, esta previsión del renacer del derecho cuando se produce una nueva reproducción o multiplicación ya estaba implícita en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo español –Sala de lo Civil- de 13 de octubre de 2003, al hilo de la Ley española de obtenciones vegetales de 1975, en la que se entendió que el derecho de exclusiva del obtentor subsiste después de la venta del material vegetal y le permite impedir que el producto obtenido con ese material sea objeto de nuevas reproducciones²⁶.

45. Por lo que respecta al agotamiento de los derechos de obtentor en los EE.UU, la PVPA también recoge la figura, como no puede ser menos, al tratarse de una regulación aprobada sobre la estela del Convenio UPOV. Así, dicha ley dispone²⁷, que “(i)t shall not be an infringement of the rights of the owner of a variety to perform any act concerning propagating material of any kind, or harvested material, including entire plants and parts of plants, of a protected variety that is sold or otherwise marketed with the consent of the owner in the United States, unless the act involves further propagation of the variety or involves an export of material of the variety, that enables the propagation of the variety, into a country that does not protect varieties of the plant genus or species to which the variety belongs, unless the exported material is for final consumption purposes”.

²⁶ Sobre esta sentencia, vid. M. BOTANA AGRA, “El “privilegio del agricultor” como límite del derecho de obtentor vegetal”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor* 24 (2003), págs. 399 y ss. (406 y ss.), y la anotación del Prof. QUINTANA CARLO en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor* 24 (2003), págs. 570 y ss.

²⁷ Apartado d) del U.S. Code § 2541 - Infringement of plant variety protection.

c) *Conclusión*

46. A la vista de todo lo anterior, resulta claro que para amparar la reutilización del producto de la cosecha de material de la variedad protegida para las próximas campañas, y evitar la infracción de un derecho de obtención vegetal, no es procedente la invocación del límite del agotamiento.

47. No bastaría con invocar el agotamiento del derecho de obtentor como consecuencia de la comercialización inicial de las semillas o del material de reproducción llevada a cabo por el obtentor, porque el agotamiento no afecta al material obtenido a partir del material original que ha sido comercializado por el obtentor o con su consentimiento. Por el contrario, el principio de agotamiento sólo opera en relación con el material original que ha comercializado el obtentor o un tercero con su consentimiento. Y en este punto no existe discordancia entre el Derecho de la Unión Europea y el de los EE.UU, en la medida en que en ambos casos la regulación se asienta en el Convenio de la UPOV.

2. El agotamiento del derecho de patente

48. Las anteriores conclusiones son igualmente válidas en relación con la reproducción de material vegetal protegido por medio de una patente. En consecuencia, cuando el material vegetal, en lugar de estar protegido por una obtención lo esté por una patente, tampoco podrán los agricultores invocar el principio del agotamiento para proceder a emplear, con fines de propagación, el producto de la cosecha obtenido de la plantación de material vegetal protegido que les haya sido cedido por el titular de la patente.

a) *La regulación expresa del agotamiento de la patente biotecnológica en el Derecho de la UE*

49. En efecto, en Europa, la Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas ha introducido una limitación al principio del agotamiento del derecho de patente, de modo que deja de operar cuando el material protegido por patente se utiliza para ulteriores reproducciones o multiplicaciones. Así, el artículo 10 de la Directiva (que ha sido incorporado en el artículo 52.3 de la Ley de patentes española de 1986 y en el artículo 61.3 de la Ley de 2015), dispone que la protección de la patente biotecnológica “no se extenderá a la materia biológica obtenida por reproducción o multiplicación de una materia biológica puesta en el mercado en el territorio de un Estado miembro por el titular de la patente o con el consentimiento de éste, cuando la reproducción o multiplicación sea el resultado necesario de la utilización para la que haya sido puesta en el mercado dicha materia biológica, a condición de que la materia obtenida no se utilice posteriormente para nuevas reproducciones o multiplicaciones”.

50. Como se puede comprobar, en el ámbito de las patentes se entiende que la puesta en el mercado de la materia biológica patentada permite su reproducción cuando esta es el resultado necesario de la utilización para la que ha sido puesta en el mercado. Por lo tanto, la comercialización de semillas permitirá su plantación para la obtención de una cosecha, sin necesidad expresa de que esto sea pactado²⁸. Lo que se prohíbe es que el nuevo material biológico obtenido, las semillas de esa nueva cosecha, sean usadas, a su vez, para una nueva plantación.

51. De manera paralela, y como ya he recordado, también en la regulación del agotamiento del derecho de obtentor contenida en el Reglamento (CE) núm. 2100/94 se prevé que sí operará el agotamiento cuando “la propagación estuviera prevista en el momento de ceder el material”. Por lo tanto, también en estos casos el titular de la obtención no puede ejercer sus derechos en relación con el material

²⁸ C. GERMINARIO, “A Comparative Look at Bowman vs. Monsanto in the European Context”, *World Intellectual Property Report*, 19 June 2013 (disponible en Internet en la dirección http://www.sib.it/images/stories/allegati/articoli/bowman_monsanto_eu_context.pdf, visitada por última vez el 29.12.2015) destaca que, de acuerdo con la Directiva, no es necesario un acuerdo específico para autorizar el uso biológico planeado del material vendido para tal, a diferencia de lo que sucede en la práctica de los EE.UU.

vegetal derivado de esa propagación inicialmente prevista (a no ser, claro, que se realicen nuevos actos de propagación de la variedad).

52. La diferencia reside en que mientras el Reglamento (CE) núm. 2100/94 se refiere a una propagación “prevista en el momento de ceder el material”, la Directiva de invenciones biotecnológicas se refiere a una reproducción o multiplicación que sea “resultado necesario de la utilización para la que haya sido puesta en el mercado dicha materia biológica”. Parecería, pues, que el Reglamento alude a una previsión expresa y la Directiva admite un consentimiento implícito.

53. Con todo, parece que en los casos en que se comercialice material de una variedad que no sea apto directamente para el consumo, la finalidad reproductiva debe considerarse incluida (o prevista, en la terminología del Reglamento) en el momento de la comercialización. En cambio, si lo que se comercializa es material de la variedad susceptible, tanto del uso para consumo como para la propagación de la variedad (piénsese, por ejemplo, en las patatas, que pueden reproducirse de forma asexuada), será fundamental determinar cuál es la finalidad con la que el material ha sido puesto en el mercado.

b) El desarrollo jurisprudencial estadounidense de los límites del agotamiento de la patente biotecnológica

54. Por su parte, en los EE.UU. en materia de patentes no existe una previsión legal expresa de la imposibilidad de realizar sucesivas reproducciones del material vegetal patentado, como la recogida en la Directiva de la UE. Sin embargo, se ha sentado el mismo principio por vía jurisprudencial.

55. Así lo han hecho la *Court of Appeals for the Federal Circuit* en el caso *Monsanto Co. v. McFarling*²⁹ y *Monsanto v. Scruggs*³⁰, en los que se afirma que la extensión del agotamiento hasta el punto de permitir sucesivas reproducciones de la tecnología auto-replicante implicaría vaciar los derechos del titular de la patente³¹.

56. Pero junto a estos pronunciamientos judiciales³², es especialmente relevante al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU de 13 de mayo de 2013 en el caso *Bowman v. Monsanto*³³. Este pronunciamiento resolvió un conflicto entre la compañía Monsanto, titular de varias patentes sobre colza modificada genéticamente (comercializada bajo la marca “Roundup Ready”) para hacerla resistente a ciertos herbicidas, en particular los basados en glifosatos, y un agricultor que adquiría la soja patentada de Monsanto.

57. A este respecto, debe tenerse presente que la compañía Monsanto vende las semillas patentadas a agricultores que conciernen un contrato de licencia en virtud del cual se obligan a no guardar la soja que obtengan para replantarla, y a no entregársela a ningún tercero con tal finalidad. En consecuencia, cada agricultor se obliga a plantar la semilla patentada en una única campaña, pudiendo consumir el resultado de la cosecha o venderlo a un tercero para su procesado (pero no para ser replantado).

58. Pues bien, el demandado, el Sr. Bowman, un agricultor de Indiana, que había firmado el correspondiente acuerdo con Monsanto, utilizaba todas las semillas para la siembra, y luego vendía todas las semillas recolectadas a un elevador de grano, que posteriormente las vendía a un procesador agrícola

²⁹ 302 F. 3d 1291 (Fed. Cir. 2003) (1298-9).

³⁰ 459 F. 3d 1328 (Fed. Cir. 2006) 16 de Agosto de 2006.

³¹ Así, en la sentencia de 16 de agosto de 2006, *Monsanto v. Scruggs*, se afirma que: “The fact that a patented technology can replicate itself does not give a purchaser the right to use replicated copies of the technology. Applying the first sale doctrine to subsequent generations of self-replicating technology would eviscerate the rights of the patent holder”.

³² Para un análisis más detenido de estas sentencias, vid. M. D. JANIS-H. JERVIS-R. PEET, *Intellectual Property Law of Plants*, Oxford University Press, Oxford, 2014, págs. 369 y ss.

³³ http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-796_c07d.pdf (visitado por última vez el 29.12.2005).

para el consumo animal o humano. No obstante, para su segunda cosecha el Sr. Bowman adquirió soja de granero, destinada al consumo humano o animal, a un elevador de grano y procedió a sembrarla en sus tierras. Y dado que los granos habían sido comprados por el elevador de grano a otros agricultores que también había adquirido las semillas de soja patentada, Bowman esperaba que muchos de los granos adquiridos también incorporasen dicha semilla. Y así lo confirmó cuando aplicó glisofato a su plantación, para seleccionar las Roundup, de modo que año tras año reservó una parte de estas nuevas semillas, sin pagar royalties a Monsanto.

59. Ante la demanda por infracción de patente, el argumento defensivo del Sr. Bowman fue que los derechos de patente se habían agotado en el momento en que los agricultores habían vendido las semillas al elevador de grano, del cual las había adquirido el Sr Bowman. No obstante, el *District Court*, el *Federal Circuit* y el Tribunal Supremo rechazan semejante alegación.

60. En particular, el Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia según la cual “the exhaustion doctrine does not extend to the right to ‘make’ a new product.”³⁴ En consecuencia: “Under the patent exhaustion doctrine, Bowman could resell the patented soybeans he purchased from the grain elevator; so too he could consume the beans himself or feed them to his animals. Monsanto, although the patent holder, would have no business interfering in those uses of Roundup Ready beans. But the exhaustion doctrine does not enable Bowman to make *additional* patented soybeans without Monsanto’s permission (either express or implied). And that is precisely what Bowman did”.

61. Con esta interpretación, que ha sido saludada por otros sectores, como el de la industria de programas de ordenador³⁵, el Tribunal Supremo –al igual que sucede en Europa³⁶– rechaza extender la doctrina del agotamiento del derecho de patente hasta el punto de cubrir la segunda generación de semilla patentada, como se le había solicitado por parte de varios terceros que participaron como *amicus curiae* en el procedimiento³⁷. Esta petición se le había formulado como forma de evitar la responsabilidad de los agricultores en caso de infracción inocente³⁸. Sin embargo, el Tribunal rechazó esta

³⁴ Entre otros, en el caso *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co.*, 365 U. S. 336, 346 (1961). Según esta jurisprudencia el titular de la patente recibe su recompensa solo por el artículo vendido, pero no por los creados posteriormente.

³⁵ D. LOPATA, “Bowman v. Monsanto: Agriculture’s Implications for... Technology?” (2013). *Student Scholarship*. Paper 263 (http://erepository.law.shu.edu/student_scholarship/263) afirma que “*Bowman v. Monsanto* can determine the fate of other products, such as computer software. Although agriculture and computer technology are very different, the concept that is being brought to court is a similar one. When people implement computer software, the computers create temporary copies of the program. Like the plant seeds, computer software would be characterized as self-replicating. If the case were ruled in favor of the farmers, it would allow and fuel widespread software piracy. Software users will be able to obtain temporary copies and replicate them with the intent to either sell or illegally share online because the court ruling will not extend the patent to these copied versions of the original software. Ultimately, farmers will not win”.

³⁶ Como señala R. LAZAUSKAITE, “Bowman v. Monsanto case: the european perspective”, *European Scientific Journal* December 2014, vol.10, No.34 págs 23 y ss. (34), “it could be concluded that a European court would reject Mr. Bowman’s argument based on exhaustion doctrine”.

³⁷ CH. M. HOLMAN J.D., “*Bowman v. Monsanto*: A Bellwether for the Emerging Issue of Patentable Self-Replicating Technologies and Inadvertent Infringement”, *Missouri Law Review* (2015/06) Vol. 80; n. 3; pág. 692 y ss.

³⁸ El supuesto de las denominadas infracciones inocentes de patentes sobre semillas se ha planteado destacadamente en Canadá, existiendo un pronunciamiento del Tribunal Supremo de este país al respecto: la sentencia de 21 de mayo de 2004 en el caso *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*. [(2004) 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34]. También se planteaba en este asunto la infracción de una patente concedida sobre colza modificada genéticamente (comercializada por la compañía Monsanto bajo la marca “Roundup”). En concreto, en la plantación del demandado, el Sr. Schmeiser, se encontraron plantas de colza modificadas genéticamente, sin que hubiera obtenido una licencia para ello. El demandado tras utilizar el herbicida *Roundup* en su plantación comprobó que un 60% de las plantas sobrevivieron, lo que demostraba que contenían la modificación genética patentada. En 1997 el Sr. Schmeiser recogió la cosecha y la mantuvo separada para el próximo invierno, y tras haberla sometido a un tratamiento la plantó al año siguiente.

El propio Tribunal Supremo reconoce que el origen de estas plantas en la plantación del demandado no está claro pero que pudieron derivar de semillas de *Roundup Ready* que llegaron por el viento procedente de plantaciones vecinas cuyos titulares sí habían obtenido una licencia del titular de la patente y por lo tanto producían la variante de colza modificada genéticamente. No obstante, el Tribunal Supremo de Canadá entendió que se había infringido la patente de Monsanto. De este modo, se le prohibió al demandado el uso de la semilla *Roundup* y se le obligó a restituir todas las semillas en su posesión. Pero no tuvo que pagar indemnización alguna, porque el demandante optó por los beneficios obtenidos por el demandado y éste no había obtenido ninguno.

extensión, dado que en el caso concreto el agricultor Sr. Bowman no podía alegar desconocimiento de la infracción³⁹. Y de la misma forma el Tribunal desestimó la denominada “defensa de culpar a la semilla” (*Blame-the Bean defense*), según la cual no sería el demandado el que realizó actos de reproducción, sino que lo hizo la semilla por sí sola.

62. Asimismo, es igualmente relevante el hecho de que el Tribunal Supremo de los EE.UU. haya considerado, siquiera *obiter dictum*, que la comercialización de la semilla patentada, sin que el adquirente firme un contrato de licencia, implicaría una autorización implícita a realizar una reproducción, de modo que el adquirente puede plantar la semilla y multiplicarla⁴⁰. Aunque nunca podrá reservar parte del resultado de esa multiplicación para realizar ulteriores reproducciones.

63. En consecuencia, se entiende que la venta de material vegetal a un agricultor implica, al menos implícitamente, el consentimiento para que se realice una primera reproducción de la variedad por medio de la plantación y cosecha de la variedad. Y, en consecuencia, se acoge así una solución similar a la de la Directiva de invenciones biotecnológicas. Porque cuando ésta dispone en su artículo 10 que el agotamiento se extiende a los actos realizados con el material derivado de una reproducción o multiplicación que “sea el resultado necesario de la utilización para la que haya sido puesta en el mercado dicha materia biológica”, es obvio que el agotamiento también se extiende al propio acto de reproducción o multiplicación necesario para la utilización de la materia biológica para la que se haya puesto en el mercado.

IV. El privilegio del agricultor

1. El privilegio del agricultor como limitación del derecho de obtentor

a) *El carácter facultativo de la excepción*

64. El reconocimiento expreso del privilegio del agricultor se produce por primera vez en el Acta del Convenio de la UPOV de 1991, donde se introduce la posibilidad de que los Estados miembros establezcan una excepción facultativa al respecto. Así, tras enumerar el artículo 14 los actos que requerirán la autorización del titular del derecho de obtentor, el artículo 15 establece una serie de excepciones. Algunas de esas excepciones son obligatorias para las Partes Contratantes, que han de incluirlas en sus legislaciones. Pero la excepción recogida en el apartado 2 del referido artículo 15 es facultativa. En efecto, según dicho precepto: “*No obstante lo dispuesto en el Artículo 14, cada Parte Contratante podrá restringir el derecho de obtentor respecto de toda variedad, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida o de una variedad cubierta por el Artículo 14.5) a)i) o ii)*” (es decir, de una variedad derivada esencialmente de la variedad protegida, o de una variedad que no se distingan claramente de la variedad protegida).

Al dictar este fallo, el Tribunal Supremo de Canadá desestimó la existencia de una excepción de vulneración de patente para los *innocent bystander*. El Tribunal además de negar tal condición al demandado, sostiene que la intención del infractor no es relevante, y únicamente podría ser tenida en cuenta para desvirtuar la presunción de uso del material derivado de su posesión. Según el Tribunal, en defecto de una previsión normativa expresa, las patentes sobre plantas tienen la misma extensión que las patentes sobre los demás tipos de invención.

³⁹ De hecho, el Tribunal destacó que no estaba analizando todos los casos “involving a self-replicating product,” y que “(i) in another case, the article’s self-replication might occur outside the purchaser’s control [or] might be a necessary but incidental step in using the item for another purpose”.

⁴⁰ Según la sentencia: “We do not here confront a case in which Monsanto (or an affiliated seed company) sold Roundup Ready to a farmer without an express license agreement. For reasons we explain below, we think that case unlikely to arise. (...). And in the event it did, the farmer might reasonably claim that the sale came with an implied license to plant and harvest one soybean crop”.

65. Con anterioridad, el Acta del Convenio de la UPOV de 1978 reconocía esta limitación de una manera implícita. En efecto, el artículo 5 del Acta de 1978 sólo extendía el derecho de obtentor a los actos de producción con fines comerciales, a la puesta en venta y a la comercialización del material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal, de la variedad. Así las cosas, dado que la producción por un agricultor para su propia explotación no era considerada “producción con fines comerciales”, el Acta UPOV de 1978 reconocía implícitamente el privilegio del agricultor⁴¹.

66. Es importante notar que, aunque en la práctica tiene especial aplicación en los casos de utilización de semillas, y en consecuencia, en los supuestos en que la variedad se multiplica sexualmente, el privilegio del agricultor opera tanto en relación con las variedades que se reproducen sexualmente como a propósito de las variedades que lo hacen asexualmente o por multiplicación vegetativa. Por lo tanto, la limitación del derecho de obtentor también afecta a variedades que se reproducen por medio de esquejes, tubérculos, injertos, etc⁴².

67. Es igualmente relevante que, pese a que el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV permite la introducción en las legislaciones nacionales del privilegio del agricultor, no se autoriza el reconocimiento de esta excepción de un modo indiscriminado. Por el contrario, los Miembros de la UPOV que hagan uso de esta facultad deben hacerlo respetando unos determinados límites o márgenes. Así, se exige que el privilegio del agricultor se restrinja a la posibilidad de que los agricultores utilicen el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo de la variedad en su propia explotación, a fines de reproducción o de multiplicación, también en su propia explotación. Además, se dispone que el reconocimiento del privilegio del obtentor se producirá “dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor”.

68. En realidad, la necesidad de respetar estos límites pone de manifiesto que estamos ante una cuestión de equilibrio entre los intereses de los obtentores y los de los agricultores. De hecho, una excesiva restricción del privilegio del agricultor podría comportar efectos negativos en la economía rural de los países en vías de desarrollo⁴³. Pero un reconocimiento ilimitado del privilegio del obtentor también implicaría que el sistema de protección de los derechos de los obtentores no sería efectivo, y comportaría un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 27.3 b) del Acuerdo ADPIC. Además, daría lugar a un aumento notable de los precios de las semillas y del material de reproducción de las variedades, toda vez que el titular de la obtención vegetal intentaría recuperar en la primera venta todos los rendimientos de los que se vería privado con un reconocimiento ilimitado del privilegio del agricultor.

69. No en vano, la necesidad de mantener el reconocimiento del privilegio del agricultor dentro de estos límites ha sido objeto de preocupación por parte de los productores de semillas, que han venido denunciando que las legislaciones de muchos Estados, al reconocer el privilegio del agricultor, no introducen limitaciones⁴⁴. Y esto ha llevado a que la propia UPOV haya destacado la necesidad de mantener el privilegio del agricultor dentro de determinadas limitaciones que no afecten a los intereses de los obtentores. Así lo ha hecho en las “Notas explicativas sobre las excepciones al derecho de obtentor con

⁴¹ El carácter implícito del privilegio del agricultor en el Acta de 1978 es destacado, entre otros, por B. GREENGRASS, “UPOV and the Protection of Plant Breeders. Past Developments, Future Perspectives”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 1989, págs. 622 y ss. (624), y M. BLAKENEY, J.I. COHEN, S. CRESPI “Intellectual Property Rights and Agricultural Biotechnology”, en J.I. COHEN (Ed.), *Managing Agricultural Biotechnology: Addressing Research Program Needs and Policy Implications*, CAB International 1999, págs. 209 y ss. (213).

⁴² O. SÁNCHEZ GIL, *La protección de las obtenciones vegetales. El privilegio del agricultor*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2008, págs. 188-189.

⁴³ *Vid*, al respecto, E. BONADIO, *Sistema brevettuale “TRIPS” e risorse genetiche. Esigenze commerciali e interessi pubblici*, Jovene, Napoli, 2008, pág. 316.

⁴⁴ Es muy significativo el documento presentado por B. LE BUANEC (“Enforcement of Plant Breeders’ Rights”) en nombre de la *International Seed Federation* (ISF) en el *Meeting on enforcement of plant breeders’ rights* celebrado en Ginebra el 25 de octubre de 2005, Documento UPOV/Enforcement/05/3, no publicado en la web de la UOPV, pero si en la dirección http://www.grain.org/system/old/brl_files/ueisf.pdf (visitado por última vez el 29.12.2015).

arreglo al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV⁴⁵, en las que la UPOV destaca que la utilización en el artículo 16 del Convenio de la frase “dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor” “guarda coherencia con el hecho de que si se aplica la excepción facultativa, ello deberá hacerse sin menoscabar los incentivos previstos en el Convenio de la UPOV para que los obtentores desarrollen nuevas variedades”⁴⁶.

70. Asimismo, se destaca en estas Notas explicativas⁴⁷ que, en relación con la introducción de límites razonables y con la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor en el marco de la legislación sobre derecho de obtentor, podrán tomarse en consideración, entre otros, elementos como su introducción únicamente para determinados tipos de variedad, el tamaño de la explotación, la superficie o el valor del cultivo, la proporción del cultivo cosechado, la limitación de la cantidad de semillas conservadas en finca a los niveles que hayan constituido la práctica habitual antes de la introducción de disposiciones de protección de las obtenciones vegetales, o la introducción de un requisito para proporcionar remuneración a los obtentores como medio de salvaguardar sus legítimos intereses.

b) *El privilegio del agricultor en la regulación europea de las obtenciones vegetales*

a) *Los límites a los que se sujeta el privilegio*

71. Sobre la base del Acta del Convenio de la UPOV de 1991, la Unión Europea ha introducido la excepción del privilegio del agricultor, a la que las normas de la UE también denominan “exención agrícola”. Así lo ha hecho en el artículo 14 del Reglamento (CE) nº 2100/94 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, artículo que ha sido objeto de desarrollo por el Reglamento (CE) nº 1768/95⁴⁸, posteriormente modificado por el Reglamento (CE) nº 2605/98⁴⁹.

72. Según el referido artículo 14 del Reglamento (CE) núm. 2100/94, “con objeto de salvaguardar la producción agrícola, los agricultores estarán autorizados a emplear, en sus propias explotaciones, con fines de propagación en el campo, el producto de la cosecha que hayan obtenido de haber plantado en sus propias explotaciones material de propagación de una variedad que, no siendo híbrida ni sintética, esté acogida a un derecho de protección comunitaria de las obtenciones vegetales”⁵⁰.

73. El reconocimiento del privilegio del agricultor no es absoluto, sino que, como propugna la UPOV, se sujeta a una serie de limitaciones. Así, en primer lugar, se trata de una facultad limitada al uso en la propia explotación, con lo que queda fuera de la excepción cualquier tipo de acto de comercialización o donación a otros productores⁵¹.

74. Asimismo, esta excepción se aplica sólo a ciertas especies vegetales agrícolas enumeradas en el art. 14.2 del Reglamento (CE) núm. 2100/94, que recoge una lista exhaustiva que no es susceptible de ampliación ni por los Estados miembros ni por los tribunales⁵².

⁴⁵ Documento UPOV/EXN/EXC/1.

⁴⁶ Apartado 25.

⁴⁷ Apartados 18 y siguientes.

⁴⁸ DO L 173, de 25.7.1995.

⁴⁹ DO L 328 de 04.12.1998.

⁵⁰ Apartado 1 del artículo 14.

⁵¹ Por lo tanto, no son admisibles soluciones como la contenida en la Legislación brasileña, donde la *Lei de Proteção de Cultivares* (Ley núm. 9.456, de 15 de abril de 1997) dispone en su artículo 10 que no lesiona el derecho de obtentor, quien, siendo pequeño productor rural multiplica semillas, para la donación o el trueque, exclusivamente para otros pequeños productores rurales, en el ámbito de programas de financiación o de apoyo a pequeños productos rurales, conducidos por organismos público o por organizaciones no gubernamentales, autorizados por el Poder público.

⁵² En este punto es relevante notar que en las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE no siempre se establece la aplicación del privilegio para las mismas variedades, lo que da lugar a una cierta confusión entre los agricultores, tal como denuncia G. WÜRTENBERGER/ P. VAN DER KOOIJ/B. KIEWIET/M. EKVAD, *European Community Plant Variety Protection*, cit., pág. 132.

75. Además, salvo los pequeños agricultores⁵³, los demás estarán obligados a pagar al titular una remuneración justa, que será apreciablemente menor que la cantidad que se cobre por la producción bajo licencia de material de propagación de la misma variedad en la misma zona⁵⁴.

76. Las cuestiones relacionadas con la remuneración son objeto de desarrollo en el citado Reglamento (CE) nº 1768/95, disponiendo, entre otros extremos⁵⁵, que el nivel de la remuneración justa que debe ser pagada al titular podrá ser objeto de un contrato entre el titular y el agricultor en cuestión. Y cuando no se haya celebrado tal contrato o no sea posible, el nivel de la remuneración será notablemente inferior al importe cobrado por la producción bajo licencia de material de propagación de la categoría más baja que pueda optar a certificación oficial, de la misma variedad y en la misma zona. Si no se ha producido bajo licencia ningún material de propagación de la variedad en cuestión en la zona donde esté situada la explotación del agricultor y no existe un nivel uniforme del importe antes citado en la Unión Europea, la remuneración será notablemente inferior al importe que normalmente se incluya, por el mencionado concepto, en el precio de venta en esa zona del material de propagación de la categoría más baja que pueda optar a certificación oficial, siempre que no sea superior al importe cobrado en la zona en la que se haya producido el material de propagación.

77. Asimismo, el Reglamento (CE) núm. 2100/94 sienta otros criterios generales de aplicación de la excepción, al disponer que no habrá restricciones cuantitativas en la explotación del agricultor cuando así lo requieran las necesidades de la explotación; o que el producto de la cosecha podrá ser sometido a tratamiento para su plantación, por el propio agricultor o por medio de servicios a los que éste recurra, sin perjuicio de las restricciones que puedan establecer los Estados miembros con respecto a la organización del tratamiento del mencionado producto de la cosecha, en particular para garantizar la identidad del producto que se va a someter a tratamiento y del resultante del procesamiento.

78. Por lo demás, el Reglamento (CE) núm. 2100/94 dispone que el control de la disposiciones de la UE sobre el privilegio del agricultor será responsabilidad exclusiva de los titulares del derecho de obtentor, y al organizar dicho control no podrán solicitar asistencia de organismos oficiales, más allá de poder pedirles información que estos organismos hayan obtenido en el cumplimiento ordinario de sus tareas⁵⁶.

En todo caso, las variedades a las que se aplica el privilegio del agricultor en el Reglamento (CE) núm. 2100/94 son las siguientes: "a) especies forrajeras: *Cicer arietinum* L.—garbanzo, *Lupinus luteus* L.—altramuz amarillo, *Medicago sativa* L.—alfalfa, *Pisum sativum* L. (partim) — guisantes, *Trifolium alexandrium* L.—Bersim/trébol de Alejandría, *Trifolium resupinatum* L.—trébol persa, *Vicia faba* — habas, *Vicia sativa* L.—veza común y, en el caso de Portugal, *Lolium multiflorum* Lam — Ray-grass italiano, b) cereales: *Avena sativa* —avena común, *Hordeum vulgare* L.—cebada común, *Oryza sativa* L.—arroz, *Phalaris canariensis* L.—alpiste, *Secale cereale* L.—centeno, *X Triticosecale Wittm.*—triticale, *Triticum aestivum* L. emend. Fiori et Paol.—trigo, *Triticum durum* Desf.—trigo duro, *Triticum spelta* L.—escaña mayor, c) patatas: *Solanum tuberosum*—patata, d) especies oleaginosas y textiles: *Brassica napus* L. (partim) — colza, *Brassica rapa* L. (partim)—nabina, *Linum usitatissimum*—linaza, excluido el lino textil".

⁵³ Según el artículo 14.3 se considerará que son pequeños agricultores, "en el caso de aquellas especies vegetales mencionadas en el apartado 2 del presente artículo y a las cuales se aplica el Reglamento (CEE) no 1765/92 del Consejo, de 30 de junio de 1992, por el que se establece un sistema de ayudas para productores de determinados cultivos herbáceos los agricultores que no cultivan plantas en una superficie superior a la que sería necesaria para producir 92 toneladas de cereales; para el cálculo de la superficie se aplicará el apartado 2 del artículo 8 del citado Reglamento", Y en el caso de otras especies vegetales "los agricultores que respondan a criterios comparables adecuados".

⁵⁴ Se prevé también que el nivel efectivo de dicha remuneración equitativa podrá ser modificado con el tiempo, teniendo en cuenta en qué medida se va a hacer uso de la excepción con respecto a la variedad de que se trate.

⁵⁵ Vid artículo 5.

⁵⁶ Se dispone, al efecto, que los agricultores y los prestadores de servicios de tratamiento facilitarán al titular, a instancia de éste, información pertinente; los organismos oficiales que intervengan en el control de la producción agrícola podrán facilitar asimismo información pertinente, si han obtenido dicha información en el cumplimiento ordinario de sus tareas, sin que esto represente nuevas cargas o costes.

Y según el Reglamento de desarrollo (art. 11.2) el organismo oficial sólo podrá negarse a facilitar la información solicitada por alguna de las siguientes razones: no interviene en el control de la producción agrícola, no está autorizado para facilitar esa información a titulares en virtud de la legislación de la UE o de la legislación de los Estados miembros en materia de discreción aplicable a las actividades de los organismos oficiales, está facultado para negarse a facilitarla en virtud de la legislación de la UE o de la legislación de los Estados miembros que sea aplicable a la solicitud de información, la información solicitada (ya)

79. En este punto el Derecho de la UE se aparta de la solución adoptada en otros Estados en los que la aplicación de la excepción del agricultor requiere de la autorización previa de la Administración⁵⁷.

b) La interpretación del TJUE

80. El TJUE se ha ocupado de interpretar distintos aspectos de la regulación del privilegio del agricultor. Así lo ha hecho en su sentencia de 10 de abril de 2003, en el asunto C-305/00, *Christian Schulin y Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft mbH*,⁵⁸ en la que declaró que las disposiciones sobre el privilegio del agricultor no pueden ser interpretadas en el sentido de que facultan al titular de una obtención vegetal protegida en la UE para solicitar a un agricultor la información establecida en dichas disposiciones cuando no dispone de indicios de que el agricultor ha utilizado o utilizará, en su propia explotación, con fines de propagación en el campo, el producto de la cosecha que haya obtenido de haber plantado en su propia explotación material de propagación de una variedad⁵⁹. Y esta misma interpretación fue reiterada en la sentencia de 11 de marzo de 2004, en el asunto C182/01, *Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft mbH y Werner Jäger*⁶⁰.

81. De manera paralela, la posterior sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, en el asunto C336/02, *Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft mbH y Brangewitz GmbH*⁶¹, declaró que el artículo 14.3 del Reglamento (CE) nº 2100/94 no puede interpretarse en el sentido de que faculta al titular de la protección comunitaria de una obtención vegetal para solicitar a un transformador la información prevista en dichas disposiciones cuando no tiene indicios de que éste ha efectuado, o ha previsto efectuar, operaciones de tratamiento del producto de la cosecha obtenido por los agricultores mediante el cultivo de material de propagación de una variedad del titular para su plantación⁶².

82. Ahora bien, existiendo tales indicios, el transformador estará obligado a facilitar las informaciones pertinentes acerca no sólo de los agricultores respecto de los que el titular dispone de indicios de que el transformador ha efectuado, o ha previsto efectuar, dichas operaciones, sino también sobre todos

no está disponible, la información no puede ser obtenida en el cumplimiento ordinario de las tareas del organismo oficial, la información sólo puede ser obtenida con costes o gastos suplementarios o la información se refiere expresamente a material que no pertenece a las variedades del titular.

⁵⁷ Así ha sucedido, por ejemplo, en Colombia, un país sujeto a la Decisión Andina 345 de 1993, “Régimen Común de Protección a los derecho de los obtentores de variedades vegetales de la Comunidad Andina”, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre la base del Acta de 1991. En efecto, al amparo de la referida Decisión Andina 345 el Instituto colombiano agropecuario (ICA) dictó la –muy conflictiva- Resolución 970 de 10 de marzo de 2010, en cuyo artículo 15 se regulaba la reserva de la cosecha disponiendo, entre otros extremos, que el agricultor interesado en reservar producto de su propia cosecha para usarla como semilla para sembrarla en su misma explotación o cultivo, debía, entre otros extremos, solicitar, con carácter previo al acondicionamiento, autorización al ICA indicando donde lo realizará, la ubicación y el área del predio donde pretende cultivar. Esta regulación ha sido no obstante sustituida por la contenida en la Resolución del ICA 3168, de 7 de septiembre de 2015, en cuyo artículo 22 se reglamenta el privilegio del agricultor disponiendo que “El agricultor interesado en una variedad protegida por derecho de obtentor, tal como lo contempla la Decisión CAN 345 de 1993, podrá reservar producto de su propia cosecha para usarla como semilla para sembrarla en su misma explotación de conformidad con las áreas por especie así: Arroz hasta 5 has (una tonelada), soya hasta: 10 has (800 kilos), algodón hasta 5 has (60 kilos) Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en las normas vigentes para los planes de manejo y bioseguridad”.

⁵⁸ Rec. 2003 págs. I-03525 y ss.

⁵⁹ Sobre esta sentencia, más detenidamente, G. WÜRTENBERGER, “Der Auskunftsanspruch beim Nachbau von geschützten Pflanzensorten”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003 págs. 838 y ss, o T. MILLETT, “Community plan variety rights - extent of the information that a holder may claim from a farmer about his use of the” agricultural exemption”, *European Law Review* 2004 págs. 124 y ss.

⁶⁰ Rec. 2004, págs. I-02263 y ss. Esta sentencia también analiza el artículo 3, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1768/95, en el que se permite que los titulares se organicen adecuadamente para ejercer sus derechos derivados del artículo 14 del Reglamento núm. 2100/94. Según el TJUE, los titulares “pueden actuar individual o colectivamente, o incluso constituir una organización para tal fin. Lo dispuesto en dicho artículo deja a los titulares la libertad de elegir la forma jurídica de esa organización, la cual, por lo tanto, puede revestir la forma tanto de una asociación como de una sociedad de responsabilidad limitada” (apartado 51 de la sentencia).

⁶¹ Rec. 2004, págs I-09801 y ss.

⁶² Vid al respecto, F. LUCIANI, “La disciplina sulla privativa comunitaria per le varietà vegetali tutela completamente gli interessi dei costitutori?”, *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2005 págs. 527 y ss.

los demás agricultores para los que ha efectuado, o ha previsto efectuar, operaciones de tratamiento del producto de la cosecha obtenido mediante el cultivo de material de propagación de la variedad afectada, cuando dicha variedad haya sido declarada como tal o conocida por el transformador de otro modo.

83. Igualmente relevante es la sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, dictada en el asunto C-509/10, *Josef Geistbeck, Thomas Geistbeck y Saatgut-Treuhandverwaltungs GmbH*⁶³, en la que analiza un supuesto en que el agricultor incumple las condiciones para ampararse en el privilegio del agricultor y, en consecuencia, comete actos de infracción de la variedad, tal como dispone el artículo 17 del Reglamento de desarrollo nº 1768/95, según el cual, “el titular podrá invocar los derechos correspondientes a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales ante la persona que infrinja cualquiera de las condiciones o limitaciones derivadas de la excepción establecida en el artículo 14 del Reglamento de base con arreglo a lo dispuesto en el presente Reglamento”.

84. Pues bien, de lo que se trata es de determinar si a efectos de calcular la indemnización de los daños sufridos por el titular a consecuencia de la infracción, debe estarse a los royalties que hubiera tenido que pagar el agricultor si tuviese una licencia de producción o si, en cambio, hay que tener en cuenta los royalties que tienen que pagar los que se benefician del privilegio del agricultor, que –como se ha dicho- son muy inferiores.

85. El Abogado General propuso, con buen criterio, tener en cuenta el primer tipo de licencia, pues de lo contrario se incentiva la infracción de las condiciones del privilegio de agricultor. Y esa es precisamente la posición del TJUE, al declarar que para fijar la indemnización razonable adeudada debe utilizarse como base de cálculo el importe equivalente al canon que debe pagarse por la producción bajo licencia de material de propagación de variedades protegidas de la especie vegetal de que se trate en la misma zona⁶⁴. Se trata, por tanto, de una interpretación con la que el TJUE ha reforzado a los titulares de obtenciones, frente a los agricultores⁶⁵.

86. Más recientemente, también en relación con el pago de la remuneración por parte del agricultor, el TJUE dictó la sentencia de 25 de junio de 2015, en el asunto C242/14, *SaatgutTreuhandverwaltungs GmbH contra Gerhard und Jürgen Vogel GbR, Jürgen Vogel Gerhard Vogel*⁶⁶. En este caso lo que se le preguntó al TJUE fue si un agricultor puede invocar dicho régimen de excepción si paga la remuneración justa impuesta por el citado artículo 14 del Reglamento (CE) núm. 2100/94 después de sembrar el producto de su cosecha, de manera que este acto pueda considerarse, por tanto, autorizado y, en consecuencia, eluda el procedimiento judicial por infracción de la obtención vegetal comunitaria.

87. Pues bien, el TJUE ha declarado que para poder acogerse a la excepción, un agricultor que, sin mediar relación contractual con ese titular, ha utilizado el producto de la cosecha obtenido del cultivo de material de propagación de una variedad protegida (semillas de cultivo), está obligado a cumplir la obligación de pago de la remuneración justa debida, en un plazo que expira al final de la campaña de comercialización durante la cual se produjo dicha utilización, es decir, como muy tarde el 30 de junio siguiente a la fecha de resiembra.

c) La normativa española

88. También la legislación española ha reconocido la figura del privilegio del agricultor. Así lo hace el artículo 14 de la Ley 3/2000 en el que se dispone que “los agricultores están autorizados a utilizar

⁶³ Todavía no publicada en Rec. Se consulta la versión electrónica de www.curia.eu (ECLI:EU:C:2012:416).

⁶⁴ Además, sostiene el TJUE que el pago de una indemnización de daños y perjuicios por los gastos atendidos para controlar el respeto de los derechos del titular de una obtención vegetal no puede entrar en el cálculo de la «indemnización razonable» prevista en el artículo 94, apartado 1, del Reglamento nº 2100/94.

⁶⁵ Así lo señala, con acierto, G. WÜRTENBERGER, “Farmers who do not comply fully with protected variety use obligations held to be infringers of such rights”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2013 págs. 17 y ss. (19).

⁶⁶ Todavía no publicada en Rec. Se consulta la versión electrónica de www.curia.eu (ECLI:EU:C:2015:422).

con fines de propagación en sus propias explotaciones el producto de la cosecha obtenido de la siembra en ellas de material de propagación de una variedad protegida que haya sido adquirida lícitamente y no sea híbrida ni sintética”⁶⁷.

89. Al igual que sucede en la normativa de la UE, el reconocimiento no se establece con carácter general para cualquier variedad. Al contrario, la excepción se aplica únicamente a determinadas especies forrajeras, cereales, patatas, especies oleaginosas y textiles, y especies hortícolas, recogidas en el Anexo I de la Ley. Pero aunque hay coincidencia con el Reglamento de la UE en varias de las especies, la coincidencia no es plena.

90. Por lo demás, el ejercicio de la “excepción en beneficio del agricultor” (que es el nombre que recibe en la legislación española) también se sujeta a determinadas reglas, claramente inspiradas en las recogidas en el Derecho de la UE, y que se establecen, tanto en la Ley 3/2000 como en el Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de obtenciones vegetales (artículos 9 y 10).

91. Así, no habrá restricciones cuantitativas en la explotación del agricultor cuando así lo requieran las necesidades de la explotación; el producto de la cosecha podrá ser sometido a tratamiento para su siembra por el propio agricultor o por medio de servicios a los que éste recurra, debiéndose en todo momento garantizar la identidad del producto que se va a someter a tratamiento y del producto resultante del procesamiento; y los agricultores, salvo los pequeños, están obligados a pagar al titular una remuneración, que será apreciablemente menor que la cantidad que se cobre por la producción, bajo licencia, de material de propagación de la misma variedad en la misma zona⁶⁸.

92. De igual modo, el control de la observancia de estas disposiciones será responsabilidad exclusiva del titular de la obtención vegetal, aunque los agricultores y los que presten servicios de acondicionamiento, le facilitarán al titular, a instancias de éste, la información que considere necesaria. Y los organismos oficiales que intervengan en el control podrán facilitar información pertinente, si la han obtenido en el cumplimiento ordinario de sus tareas, sin que ello represente nuevas cargas o costes.

d) El privilegio del agricultor en los EE.UU

93. En los EE. UU. el privilegio del agricultor se recoge en la PVPA, cuya Section 113 (7 U.S. Code § 2543 - Right to save seed; crop exemption) dispone en la actualidad que: “Except to the extent that such action may constitute an infringement under subsections (3) and (4) of section 2541 of this title, it shall not infringe any right hereunder for a person to save seed produced by the person from seed

⁶⁷ Se aclara también en dicho precepto que “A los efectos de esta Ley se entiende por «explotación propia», toda explotación o parte de ella que el agricultor explote realmente cultivando vegetales, tanto si es de su propiedad como si la administra bajo su responsabilidad y por cuenta propia, en particular en el caso de los arrendamientos”. Y por «agricultor», a toda persona física o jurídica, cooperativas, sociedades agrarias de transformación, sociedades mercantiles o cualquier otra admitida en derecho que figure como titular de la explotación, por administrarla bajo su responsabilidad y por cuenta propia.

⁶⁸ En materia de remuneración se establecen algunas soluciones novedosas, tal como destaca J. OVIEDO ARANDA, “Novedades de la Ley 3/2000 de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, en relación con la anterior Ley 12/1975 de protección de obtenciones vegetales”, en P. AMAT LLOMBART (Coord.), *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismo transgénicos*, cit., págs. 31 y ss. (41). Así, según el artículo 10 del Reglamento de protección de obtenciones vegetales, serán norma de aplicación prioritaria los acuerdos o convenios establecidos entre las partes, ya sean aquéllos particulares, sectoriales, por comunidades autónomas o mediante cualquier otra fórmula que permita fijarlas. Cuando no hubiese pacto o acuerdo expreso entre las partes, el agricultor pagará al obtentor una remuneración equivalente al 40 por ciento del importe que se cobre por la producción bajo licencia de material de propagación de la categoría más baja, de la misma variedad y en la misma zona. Si no existiese en la zona producción bajo licencia de la variedad protegida, se tomará como referencia otra variedad de la misma especie que sea similar. Asimismo, se prevé que el importe de la remuneración se reducirá nuevamente en un 50 por ciento cuando el agricultor que ha utilizado material vegetal de la variedad protegida se dirija al obtentor, bien directamente, bien a través de sus cooperativas agrarias, para comunicarle la cantidad de material de propagación utilizado, con objeto de efectuar el pago por el uso de la variedad, siempre que dicha cantidad resulte efectivamente pagada.

obtained, or descended from seed obtained, by authority of the owner of the variety for seeding purposes and use such saved seed in the production of a crop for use on the farm of the person, or for sale as provided in this section. A bona fide sale for other than reproductive purposes, made in channels usual for such other purposes, of seed produced on a farm either from seed obtained by authority of the owner for seeding purposes or from seed produced by descent on such farm from seed obtained by authority of the owner for seeding purposes shall not constitute an infringement. A purchaser who diverts seed from such channels to seeding purposes shall be deemed to have notice under section 2567 of this title that the actions of the purchaser constitute an infringement".

94. Como se puede comprobar, no solo se permite al agricultor reservar y reutilizar las semillas obtenidas como consecuencia de la reproducción del material de la variedad obtenido con el consentimiento del titular del derecho. También se permite la venta de esas semillas a terceros, siempre que esa venta no tenga finalidad reproductiva, es decir, siempre que el adquirente no las utilice, a su vez, para su reproducción.

95. Esta última es una limitación introducida en el año 1994, fecha en la que se modificó la PVPA para adaptarla al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV⁶⁹, pues la versión inicial de la ley permitía a los agricultores la venta de las semillas también "for reproductive purposes"⁷⁰. Por esa razón, el Tribunal Supremo de ese país, en el pronunciamiento dictado el 18 de enero de 1995 en el caso *Asgrow Seed Company v. Denny Winterboer and Becky Winterboer, dba DEEBEES*⁷¹, con relación a la normativa anterior a la reforma, declaró que "if a farmer saves seeds to replant his acreage, but for some reason changes his plans, he may instead sell those seeds for replanting under the terms set forth in the proviso (or of course sell them for non reproductive purposes under the crop exemption)".

96. En todo caso, y pese a que la referida reforma restringió el alcance del privilegio, éste sigue siendo más amplio en los EE.UU que en Europa⁷². No solo porque permite determinados actos de venta de las semillas, cosa que no hace el Derecho de la UE. También porque se reconoce para cualquier tipo de variedad (siempre que se reproduzca sexualmente, dado el ámbito de aplicación de la PVPA). Y, sobre todo, porque no se prevé el pago de ningún tipo de remuneración por parte de los agricultores.

2. El privilegio del agricultor y su aplicación a las patentes

97. En Europa se ha extendido a las patentes biotecnológicas el régimen del privilegio del agricultor reconocido en la legislación de obtenciones vegetales. Así lo ha hecho la Directiva de invenciones biotecnológicas, en cuyo artículo 11.1 se dispone que "la venta, o cualquier otra forma de comercialización, de material de reproducción vegetal por el titular de la patente, o con su consentimiento, a un agricultor, a efectos de explotación agrícola, implicará el derecho de este último a utilizar el producto de su cosecha para reproducción o posterior multiplicación realizada por él mismo en su propia explotación". Y por lo que respecta al alcance y las modalidades de esta excepción la Directiva remite expresamente a lo previsto en el artículo 14 del Reglamento (CE) nº 2100/94⁷³.

⁶⁹ Plant Variety Protection Act Amendments of 1994, Pub. L. 103-349, 108 Stat. 3136, 3142.

⁷⁰ Se ha dicho que la PVPA, en su versión original, es el precedente más antiguo de la figura del privilegio del agricultor (O. SÁNCHEZ GIL, *La protección de las obtenciones vegetales. El privilegio del agricultor*, cit., pág. 135).

⁷¹ 513 U.S. 179 (1995).

⁷² Así lo destaca, por ejemplo, M. D. JANIS, "Patenting plants: A comparative synthesis", cit., pág. 237.

⁷³ La Directiva también recoge el privilegio del ganadero (art. 11.2) de modo que "la venta, o cualquier otra forma de comercialización de animales de cría o de material de reproducción animal por el titular de la patente, o con su consentimiento, a un agricultor implicará para este último la autorización de utilizar el ganado protegido para una finalidad agrícola. Ello incluirá la puesta a disposición del ganado o de cualquier otro material de reproducción animal para que el agricultor pueda proseguir su actividad agrícola, pero no la venta en el marco de una actividad de reproducción comercial o con esa finalidad". El alcance y las modalidades de la excepción del ganadero se rigen por las leyes, las disposiciones administrativas y las prácticas nacionales.

98. Como ha destacado GÓMEZ SEGADE⁷⁴, es éste uno de los preceptos más innovadores de la Directiva. Y muy gráfica y acertadamente ha afirmado LÓPEZ DE HARO que con esta medida, “si la legislación de patentes ha introducido sus tentáculos en el régimen jurídico sobre protección de obtenciones vegetales, otro tanto ha efectuado este último sobre aquel, al introducir el privilegio del agricultor en las patentes biotecnológicas”⁷⁵.

99. La disposición de la Directiva ha sido incorporada al Derecho español en el artículo 53.1 de la Ley de Patentes de 1986 y en el artículo 62.1 de la Ley de Patentes de 2015. No obstante, en el ámbito nacional se genera una cierta disfunción en los casos en que exista una patente biotecnológica que protege una invención que haya dado lugar a una variedad protegida. En tal supuesto, el privilegio del agricultor en relación con la obtención se regirá por lo dispuesto en la Ley 3/2000 y el privilegio del agricultor en relación con la patente por el Reglamento (CE) nº 2100/94, en virtud de la remisión de la Ley de Patentes. Y, aunque, como se ha destacado, ambas regulaciones del privilegio son esencialmente coincidentes, no lo son plenamente⁷⁶.

100. De igual modo, el art. 27, letra i), del Acuerdo por el que se crea el Tribunal Unificado de Patentes (ATUP) –siguiendo la estela del art. 11.1 de la Directiva sobre invenciones biotecnológicas– extiende el privilegio del agricultor a las patentes que protegen invenciones que tengan por objeto vegetales, preceptuando que los derechos que confiere la patente europea (con o sin efecto unitario) no se extienden a “la utilización por un agricultor del producto de su cosecha para la reproducción o multiplicación por él mismo en su propia explotación, siempre que el material de reproducción vegetal haya sido vendido o comercializados de cualquier otra forma por el titular de la patente o con su consentimiento al agricultor, con fines agrícolas”. Y dispone asimismo el ATUP que “el alcance y las condiciones de dicha utilización serán los establecidos en el artículo 14 del Reg. (CE) nº 2100/94”.

101. No obstante, frente a lo que sucede en Europa, en el Derecho de patentes de los EE.UU falta una previsión legal expresa que extienda a las patentes biotecnológicas la figura del privilegio del agricultor. Y esto ha llevado a la jurisprudencia de ese país a negar su aplicación a las patentes.

102. Así lo ha hecho el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de diciembre de 2001 en el caso *Pioneer Hi-Bred*⁷⁷, en la que justificó la posibilidad de proteger una misma variedad como obtención y como patente en la diferente protección que ambos títulos conceden (entre otros motivos, porque en las patentes no existe el privilegio del agricultor). En efecto, según el Tribunal Supremo: “Because of the more stringent requirements, utility patent holders receive greater rights of exclusion than holders of a PVP certificate. Most notably, there are no exemptions for research or saving seed under a utility patent”.

103. De este modo se rechazó la posición, defendida en el voto particular a la sentencia, según la cual esta interpretación implicaba, en realidad, destruir la excepción recogida por el legislador en la PVPA⁷⁸.

⁷⁴ J.A. GÓMEZ SEGADE, “La Directiva sobre invenciones biotecnológicas”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol 19, 1998, págs. 129 y ss. (1138).

⁷⁵ R. LÓPEZ DE HARO, “Sobre los derechos del obtentor de variedades vegetales”, http://www.cpvo.europa.eu/documents/News/seminar2007/presentations/Lopez_de_Haro_ES.pdf (visitado por última vez el 23.12.2015).

⁷⁶ En este sentido, J. OVIEDO ARANDA, “Novedades de la Ley 3/2000 de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, en relación con la anterior Ley 12/1975 de protección de obtenciones vegetales”, cit., pág. 41, quien propone que la legislación de patentes debería remitir a la Ley 3/2000 para fijar el alcance y las modalidades del privilegio del agricultor cuando se trata variedades inscritas en un registro oficial español y al Reglamento (CE) nº 2100/94 cuando no se diese esta circunstancia. Sin embargo, en mi opinión esta propuesta choca claramente con el tenor de la Directiva de invenciones biotecnológicas, que impone la remisión al Reglamento (CE) nº 2100/94 en todo caso, como modo de conseguir que la aplicación del privilegio del agricultor a las patentes biotecnológicas sea uniforme en toda la UE.

⁷⁷ *J. E. M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred Int'l, Inc.*, 534 U. S. 124 (2001). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/534/124/case.html> (visitado el 23.12.2015).

⁷⁸ Voto particular de J. BREYER, en el que se indica que “The Court has advanced no sound reason why Congress would want to destroy the exemptions in the PVPA that Congress created. And the Court's reading would destroy those exemptions”.

104. Y esta interpretación ha sido confirmada posteriormente en la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU, de 13 de mayo de 2013 en el caso *Bowman v. Monsanto*, al afirmar que “only a patent holder (not a certificate holder) could prohibit “[a] farmer who legally purchases and plants” a protected seed from saving harvested seed “for replanting””⁷⁹.

105. No faltan, con todo, propuestas legislativas de cambio [como la de la *Seed Availability and Competition Act* de 2011, presentada de nuevo en 2013⁸⁰], para introducir una excepción al derecho de patente, permitiendo la conservación de semillas cosechadas a partir de la siembra de semillas protegidas, siempre que el agricultor se inscriba en un registro público y pague unas tarifas fijadas por la Secretaría de Agricultura. Esta propuesta legislativa, que de momento no ha prosperado, trata también de evitar que se introduzcan limitaciones contractuales a la excepción.

V. Conclusiones

106. Como se ha podido comprobar, la contraposición de intereses de agricultores y titulares de obtenciones vegetales a propósito de la reutilización, con fines de propagación, del material de la cosecha, ha dado lugar a una normativa que persigue un equilibrio entre el deseo de los titulares del derecho de evitar dicha reutilización, y el interés de los agricultores en continuar realizándola.

107. Sin embargo, el punto de equilibrio de la referida contraposición de intereses no es el mismo en los EE.UU y en Europa. Porque, en efecto, el reconocimiento del privilegio del agricultor es más amplio en los EE.UU. que en Europa (al no preverse pago de remuneración alguna por los agricultores y autorizarse incluso la venta –bajo determinadas condiciones- del material obtenido por el agricultor). Aunque también es verdad que la PVPA limita el privilegio a las variedades susceptibles de reproducción sexual, por ser éstas las variedades que entran en el ámbito de aplicación de dicha Ley.

108. Ahora bien, cuando lo que se plantea es el empleo –con fines de propagación- del producto de la cosecha de material patentado, la regulación estadounidense es mucho más estricta que la europea, pues no se reconoce el privilegio del agricultor.

109. Esta circunstancia – y el hecho de que en los EE.UU una misma variedad pueda estar protegida por patente y por obtención vegetal- puede explicar que en los EE.UU la regulación del privilegio del agricultor no haya suscitado especiales peticiones de modificación por parte de la industria⁸¹. Porque los titulares de derechos puede ampararse en la patente para evitar los inconvenientes que el privilegio les supone⁸².

⁷⁹ Por esa razón, los Tribunales inferiores también han rechazado la aplicación analógica del privilegio del agricultor a las patentes biotecnológicas. Así, por ejemplo, la sentencia de la *United States Court of Appeals, Federal Circuit*, de 23 de Agosto de 2002, *Monsanto vs. McFarling* (302 F.3d 1291) <http://openjurist.org/302/f3d/1291/monsanto-company-v-mcfarling>: (visitado el 23.12.2015). “It is thus established that the right to save seed of plants registered under the PVPA does not impart the right to save seed of plants patented under the Patent Act.”

⁸⁰ <https://www.govtrack.us/congress/bills/113/hr193/text> (visitado el 23.12.2015).

⁸¹ Otras razones se encuentran en el sistema de comercialización de las semillas por medio de contratos que imponen la prohibición de los agricultores de reservar y reutilizar semillas (limitación a la que nos referimos infra). Y en cultivos como el maíz, en la utilización de semilla híbrida, que hace que su reproducción requiera dos líneas progenitoras distintas cuya identidad es guardada en secreto por la empresa semillera. *Vid.* “¿Privilegio para las empresas semilleras, represión para los agricultores?”, GRAIN, 30 abril 2007 (<https://www.grain.org/article/entries/136-privilegio-para-las-empresas-semilleras-represion-para-los-agricultores>) (última visita el 4.1.2016).

⁸² Como destaca M. JANIS, “Interfaces in plant intellectual property”, en N. WILKOF-S. BASHEER, *Overlapping Intellectual Property Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 83 y ss. (96), la doble protección también genera otras disfunciones como por ejemplo el reconocimiento del privilegio del obtentor en materia de obtenciones, pero no en el ámbito de las patentes, aunque hay propuestas de extensión *Vid.* V. PRIFTI, *The Breeder's Exception to Patent Rights. Analysis of Compliance with Article 30 of the TRIPS Agreement*, Springer, 2015.

110. En cambio, en Europa, como la legislación de patentes también reconoce el privilegio del agricultor, frecuentemente los titulares de obtenciones o de patentes propugnan la eliminación del privilegio del agricultor o, en todo caso, la introducción de mayores restricciones para su aplicación, como el establecimiento de mayores obligaciones de información a los titulares de derechos por parte de los agricultores⁸³.

111. Esta tendencia a la reducción del alcance del privilegio el agricultor puede considerarse una muestra más de un fenómeno global en la actualidad, en relación con los derechos de propiedad industrial e intelectual, que la doctrina ha denominado “voracidad expansiva” de estos derechos de exclusiva⁸⁴. Y de la misma manera que en relación con otras manifestaciones del fenómeno, también aquí es contrarrestado por los defensores de una mayor restricción de dichos derechos, tendencia que en este caso se manifiesta en la defensa de una mayor ampliación del privilegio del agricultor⁸⁵. Estamos, pues, ante un conflicto que, aunque resuelto normativamente, no ha puesto fin a las labores de lobby para el cambio de la regulación.

112. En todo caso, en esta tensión entre sectores, los titulares de derechos de propiedad industrial sobre vegetales han recurrido a otro tipo de mecanismos para intensificar su protección e intentar evitar que los agricultores se puedan amparar en el privilegio del agricultor.

113. Así, en muchas ocasiones, se acude a **pactos contractuales** con los agricultores en los que éstos se obligan a no reservar material de la variedad para su reutilización en campañas sucesivas, lo cual implica una renuncia al privilegio del agricultor⁸⁶.

114. Este tipo de pactos son también frecuentes en EE.UU en relación con el agotamiento, pues es habitual en este país que la comercialización de las semillas se acompañe de contratos de licencia en los que el titular del derecho limita su consentimiento en relación con determinadas actuaciones que pueda llevar a cabo el adquirente con el producto patentado que adquiere⁸⁷. Esta práctica se asienta en su

⁸³ Véase, por ejemplo, la posición de la European Seed Association (ESA) en J. BLOKLAND, “Do the legal tools meet the needs of the breeders”, *Regional Seminar on Enforcement of Plant Variety Rights, Community Plant Variety Office*, Varsovia, 11–12 de mayo de 2006, <http://tinyurl.com/28bvvcg>, (al hilo del carácter facultativo del privilegio del agricultor en el CUPOV 1991 se afirma que “ESA is not in favour of implementation in National Law”); o C. GRAND, “Does the enforcement system meet the needs of the breeders?”, *Enforcement of Plant Variety Rights in the Community, Seminar of the Community Plant Variety Office*, Bruselas, 4–5 de octubre de 2005, <http://tinyurl.com/yt5d9> (“There is a need for the legislators to clarify the extent of the legal obligation for farmers and processors to supply information regarding the use of FSS to the breeders or their organizations. Without an extensive obligation for the delivery of information that is not dependent on concrete evidence of FSS use, the holders of the PVR are not able to enforce their rights in view of the remuneration based on concrete invoices”).

⁸⁴ V. MANGINI, “Logo, no logo? ... Ovvero la perduta innocenza della proprietà intellettuale”, en *Scritti di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2004, págs. 297 y ss.

⁸⁵ Por ejemplo R. LAZauskaite, “Bowman v. Monsanto case: the european perspective”, *European Scientific Journal*, December 2014, vol.10, No.34 págs 23 y ss. (41), se muestra a favor de una ampliación de las variedades a las que resulta de aplicación: “it should be noted that current regulation of plants patent protection in the European Union cannot be considered as corresponding the needs of individual EU member states. This conclusion is based on the fact that the exhaustive list indicating the types of plant varieties the growing of which may justify the application of the farmer’s privilege was made without taking into account the information that the farmers of different member states of the EU grow different crops (for example, grapes are widely grown in southern Europe, but this is not the case in the northern part of Europe.). Y en los EE.UU un buen ejemplo de las propuestas de ampliación del privilegio del agricultor se encuentra en *Seed Giants vs. U.S. Farmers. Report by the Center for Food Safety & Save our seeds*, 2013, http://www.centerforfoodsafety.org/files/seed-giants_final_04424.pdf (última visita 4.1.2016).

⁸⁶ En este sentido, ha tenido bastante eco la problemática suscitada en Argentina a raíz de la soja transgénica de Monsanto “Intacta RR2 Pro”, comercializada por medio de contratos en los que contrato que, entre otras cosas, los agricultores renuncian al privilegio del agricultor y se obligan a permitir el ingreso a su campo a fiscalizadores designados por la empresa, y a vender su cosecha únicamente a exportadores y/o acopiadores autorizados por Monsanto. Vid, G. STEKOLSCHIK, “Ley de semillas, Germen de conflictos” (31 de agosto de 2015), <http://foroporlasalud.org.ar/portal/index.php/ley-de-semillas/36-germen-de-conflictos> (visitado el 3.1.2015).

⁸⁷ Para una descripción de la práctica estadounidense, vid, en la doctrina española, A. MARTÍNEZ CAÑELLAS, “El control de producción de semillas transgénicas por medio de contratos”, *Indret* 1/2012, http://www.indret.com/pdf/873_es.pdf

reconocimiento judicial en el caso *Mallinckrodt v. Medipart*⁸⁸ resuelto en 1992 por la *Court of Appeals for the Federal Circuit* en relación con restricciones al agotamiento de un producto sanitario, sobre la base de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *General Talking Pictures*⁸⁹. Y se recoge, en relación con patentes sobre semillas, en los casos resueltos por la *Court of Appeals for the Federal Circuit* en el caso *Monsanto Co. V. McFarling*⁹⁰ y *Monsanto v. Scruggs*⁹¹. Y aunque en la doctrina se ha discutido mucho sobre el impacto que ha tenido la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Quanta Computer, Inc. LG Electronics, Inc*⁹², al hilo de una limitación contractual al agotamiento de patentes informáticas, la posterior sentencia en el caso *Bowman*, no ha afrontado la cuestión de las limitaciones contractuales⁹³, aunque ha dejado claro, como ya indicamos, que el agotamiento no opera cuando se realizan ulteriores reproducciones del material vegetal (por lo que ya no sería necesaria la previsión de limitaciones contractuales a tal efecto).

115. En todo caso, es discutible que en el Derecho europeo y español sean viables las previsio-nes contractuales que limitan el privilegio del agricultor. En primer lugar, porque cabe dudar de que las facultades o privilegio que la normativa reconoce al agricultor sea renunciable⁹⁴. Pero es que, además, en aquellos casos en los que el titular del derecho de obtentor ostente una posición de dominio en el mercado, la imposición de esta renuncia a los agricultores puede ser entendida como un acto de abuso de dicha po-sición dominante. Como también lo será la negativa a contratar en caso de que el agricultor no la acepte⁹⁵.

116. Por otra parte, el intento de evitar el privilegio del agricultor ha llevado a la creación de la denominada **Tecnología Terminator**, una tecnología patentada que implica la modificación genética de semillas para hacerlas estériles, de modo que se hace de todo punto inútil el privilegio del agricultor, pues la semilla, tras un primer ciclo de cultivo, se convierte en estéril.

117. Esta tecnología ha suscitado numerosas críticas. Así, se argumenta que es contraria a la biodiversidad (destacando el riesgo de que accidentalmente se polinicen variedades con las modificadas genéticamente), y al derecho a la alimentación de los agricultores⁹⁶. Y desde el punto de vista jurídico se ha considerado que su utilización puede dar lugar a conductas contrarias al derecho de defensa de la com-petencia, sobre todo si es utilizada por empresas que ostentan una posición de dominio en el mercado⁹⁷.

⁸⁸ 976 F.2d 700 (Fed. Cir. 1984).

⁸⁹ 272 U.S. 476 (1926), admitiendo las *post-sale restrictions* si no violaban otras leyes.

⁹⁰ 302 F. 3d 1291 (Fed. Cir. 2003).

⁹¹ 459 F. 3d 1328 (Fed. Cir. 2006).

⁹² 553 U.S. 617 (2008).

⁹³ Vid. M. GRANIERI, “Alcune riflessioni comparative sul principio di esurimento dei brevetti sui semi modificati gene-ticamente e tecniche contrattuali di gestione”, G. OLIVIERI, V. FALCE, E. AREZZO (a cura di), *Confini e fronti dell’innovazione biotecnologica per la proprietà intellettuale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, págs. 119 y ss. (133 y ss.).

⁹⁴ Así, O. SÁNCHEZ GIL, *La protección de las obtenciones vegetales. El privilegio del agricultor*, cit, pág. 135. Pero esta autora considera que se permite, en cambio, la introducción de limitaciones al privilegio, por ejemplo restringiendo contractualmente el número de cosechas en que se pueda reutilizar la semilla. Ahora bien, en mi opinión, resulta un tanto contradictorio sostener que el titular del derecho de obtentor no puede imponer la renuncia del privilegio del agricultor, pero sí limitarlo.

⁹⁵ En relación también con esta problemática, se ha llegado incluso a proponer la consideración de las patentes sobre semillas modificadas genéticamente como una patente indispensable o esencial para la puesta en práctica de un estándar de facto, de modo que los agricultores podrían solicitar la concesión de una licencia FRAND. Así, R. VACCA, B. COLE, B. HORTON, “Food for Thought: Genetically Modified Seeds as De Facto Standard Essential Patents”, *University of Colorado Law Review* 85 (2014), págs. 313 y ss.

⁹⁶ “Terminator Technology and Genetic Contamination” <http://www.banterminator.org/The-Issues/Biosafety/Terminator-Technology-and-Genetic-Contamination> (última visita 4.1.2016).

⁹⁷ S. MUSCATI, “Terminator technology: Protection of patents or a threat to the patent system?”, *IDEA - The Journal of Law and Technology* 2004-2005, págs. 477 y ss.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES ANULADOS EN LA SEDE DEL ARBITRAJE

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS CANCELLED AT THE PLACE OF ARBITRATION

JOSÉ IGNACIO GARCÍA CUETO

*Clifford Chance US LLP
Law Clerk*

JUAN SORIANO LLOBERA

*Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid y Doctor en Administración
y Dirección de Empresas, Universidad Politécnica de Cataluña
Profesor titular*

JAUME ROIG HERNANDO

*Doctor en Administración y Dirección de Empresas
Universidad Politécnica de Cataluña
Profesor asociado*

Recibido: 29.12.2015 / Aceptado: 15.01.2016

Resumen: El cumplimiento de los laudos arbitrales por las partes es voluntario pero existen casos que dan cuenta de los obstáculos que una parte vencedora en la disputa puede verse expuesta a sortear. La asunción de una posición respecto a la localización o deslocalización del arbitraje es realmente determinante para decidir sobre el reconocimiento de un laudo anulado o, si por el contrario, el énfasis debe ser puesto en consideraciones que la comunidad internacional ha identificado como “nociónes básicas de justicia.”

Los instrumentos que regulan el libre tránsito de laudos internacionales permiten el ejercicio de discrecionalidad lo cual genera incertidumbre e incita el forum shopping, planteándose entonces la pregunta respecto a cuáles son los valores que deben primar: certeza y respeto por las jurisdicciones locales o un posible mayor grado de incertidumbre.

El presente artículo pretende unificar posiciones respecto a la (des)localización del arbitraje la cual no solo parece una tarea titánica, sino además ineficiente. Por su parte, el establecimiento de principios básicos de justicia y debido proceso parece no solo más alcanzable, sino también deseable.

Palabras clave: laudos arbitrales; derecho internacional; sede arbitraje, Convención de Nova York, Convención de Panamá.

Abstract: The fulfilment of arbitral awards by the parties is voluntary, but there have been cases in which the successful party in the dispute has been obliged to circumvent certain obstacles. Taking a position on the location or relocation of arbitration is crucial to decide whether an annulled award should be recognized or whether, on the contrary, the emphasis should be placed on considerations that the international community has identified as “basic notions of justice”.

The instruments governing the free movement of international awards allow the exercise of discretion, which creates uncertainty and encourages forum shopping. This raises the question as to which values should prevail: certainty and respect for local jurisdictions, or a possible higher degree of uncertainty.

This article aims to unify positions on the (dis) location of arbitration, which appears to be not only an enormous task, but an inefficient one as well. The establishment of basic principles of justice and due process seems not only to be more attainable, but also desirable.

Keywords: arbitral awards; international law; centre of arbitration, New York Convention, Panama Convention.

Summary: I. Introducción. II. La Convención de Nueva York y la Convención de Panamá tienen un carácter permisivo. III. ¿Importancia de la sede del arbitraje?. IV. Análisis jurisprudencial. 1. Estados Unidos (Nueva York y Distrito de Columbia). 2. Reino Unido. 3. Francia. 4. Países Bajos. 5. Federación Rusa. 6. República de Chile. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. En *Yukos Capital SARL v. OJSC Rosneft Oil Company* [2014] EWHC 2188 (Comm) (3 de julio de 2014) (“Yukos”), la Suprema Corte de Justicia (División Corte de la Reina) de Inglaterra y Gales analizó dos cuestiones preliminares en el contexto de la casi interminable disputa existente entre Yukos Capital SARL y OJSC Rosneft Oil Co., a saber:

- (i) Si bajo *common law* una corte estaría impedida de reconocer y ejecutar un laudo anulado en la sede del arbitraje; y
- (ii) Si bajo la ley rusa y/o la ley inglesa una corte tiene la facultad de reconocer y decretar el pago de intereses emanados de un laudo sin que éstos hayan sido establecidos expresamente en la decisión arbitral.¹

2. El primer interrogante presenta la cuestión relativa al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el país de la sede, objeto del presente trabajo.

3. En *Yukos*, Yukos Capital solicitó el reconocimiento y ejecución de cuatro laudos dictados por tribunales con sede en Moscú, que fueron subsecuentemente anulados por la Corte de Arbitraje de la sede (*Moscow Arbitrash Court*). La requirente fundó su solicitud en la Convención de Nueva York Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York” o “CNY”).

4. Por su parte, Rosneft basó su defensa en el principio “*ex nihilo nil fit*” (“nada proviene de la nada”). Rosneft argumentó que la ley inglesa no reconoce el concepto de procedimientos arbitrales “flotando en el firmamento transnacional, sin conexión con una jurisdicción doméstica”² y que, a la luz de su anulación por cortes rusas, los laudos son ahora inexistentes de acuerdo a la ley rusa –aplicable en la especie– al igual que es inexistente cualquier obligación de ejecutarlos.

5. La Suprema Corte de Justicia resolvió que una corte conociendo del reconocimiento y ejecución de un laudo anulado no debería estar obligada a reconocer la decisión de anulación de una corte extranjera y podrá considerar si esta última ha ofendido “principios básicos de honestidad, justicia natu-

¹ *Yukos*, ¶8 (“The parties then agreed on the trial of further preliminary issues: (a) whether the *ex nihilo nil fit* principle precluded the enforcement of the Awards in the light of the Set-aside Decisions, and (b) the availability of an award of interest under Russian and/or English law.”).

² *Ibid.*, ¶10 (“English law does not recognize the concept of ‘arbitral procedures floating in the transnational firmament, unconnected with any municipal system of law’”).

ral y concepciones domésticas de orden público.”³ Considerando lo anterior, el Tribunal resolvió que no existe un principio de “*ex nihilo nil fit*” que precluya el reconocimiento y ejecución de laudos anulados y que, en general, un tribunal inglés tendrá jurisdicción para ordenar el reconocimiento y ejecución de un laudo, no obstante su anulación por una corte extranjera.⁴

6. Si bien la regla general sigue siendo que un laudo anulado en la sede arbitral no será ejecutado en una jurisdicción secundaria, *Yukos* no es la única decisión en tal sentido dictada en una jurisdicción de *common law*.

7. Recientemente, la Corte del Distrito Sur de Nueva York confirmó un laudo anulado en la sede en *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V., c. Pemex-Exploración y Producción*, 10 Civ. 206 (AKH) (“*Commisa*”). En *Commisa*, la parte requirente solicitó el reconocimiento y ejecución de un laudo CCI por un valor aproximado de 400 millones de dólares. Fundando su decisión, la Corte de Nueva York estimó que la anulación del laudo por la Corte de Apelaciones de México “violó nociónes básicas de justicia”.⁵

8. La decisiones mencionadas suponen un distanciamiento del Reino Unido y de Estados Unidos de la que ha sido la tendencia mayoritaria hasta la fecha: que un laudo anulado en el país de la sede del arbitraje no será susceptible de reconocimiento y ejecución en una tercera jurisdicción.

9. Podría definirse a los laudos anulados en la sede como “*zombie awards*” (aún cuando esa caracterización puede ser incorrecta para aquéllos que consideren que, una vez dictado, un laudo arbitral no puede ser dejado sin efecto por corte doméstica alguna). Asimismo, podría utilizarse la expresión “*arbitral havens*” para identificar jurisdicciones tales como Francia y los Países Bajos que, de manera sistemática, han desestimado decisiones de anulación dictadas en la sede arbitral.

10. El definir si un *zombie award* debe ser reconocido y ejecutados en un tercer país supone un análisis de los instrumentos que conforman la arquitectura del sistema de cumplimiento de laudos en arbitraje comercial internacional –principalmente la CNY y la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”)-, así como también un análisis de la relevancia de la sede arbitral.

II. La convención de nueva york y la convención de panamá tienen un carácter permisivo

11. En *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 520 n. 15 (1974), la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó que: “[L]a meta de Convención [de Nueva York], y el propósito principal subyacente a su adopción e implementación por parte de los Estados Unidos, fue fomentar el reconocimiento y ejecución de acuerdos de arbitraje comercial en contratos, así como también unificar los estándares por los cuales los acuerdos de arbitraje son observados y los laudos arbitrales reconocidos en los países signatarios”.⁶

³ *Ibid.*, ¶20. Tanto la facultad de una corte para reconocer un laudo anulado, como asimismo el estándar establecido en *Yukos*, fueron recogidos en una sentencia reciente dictada en *Malicorp Ltd v Government of the Arab Republic of Egypt & Ors* [2015] EWHC 361 (Comm) (19 February 2015) (“*Malicorp*”).

⁴ *Ibid.*, ¶22. Respecto al reclamo por intereses, el Tribunal determinó que intereses provenientes de los laudos anteriores al otorgamiento un exequáutro no podían ser pagados, mientras que las sumas reclamadas ante las cortes inglesas sí darían lugar al pago de intereses. *Ibid.* ¶ 81.

⁵ *Commisa*, P.2 (“*I hold, for the reasons discussed below, that the Eleventh Collegiate Court decision violated basic notions of justice in that it applied a law that was not in existence at the time of the parties' contract was formed and left COM-MISA without an apparent ability to litigate its claims*”).

⁶ *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 520 n. 15 (1974) (“*The goal of the Convention, and the principal purpose underlying American adoption and implementation of it, was to encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts and to unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced in the signatory countries*”).

12. Hasta la fecha, son 153 los Estados Contratantes de la CNY,⁷ convirtiéndola en uno de los instrumentos internacionales más exitosos en existencia y uno de los pilares del libre tránsito de laudos arbitrales.

13. La CNY impone obligaciones a los jueces del lugar de ejecución del laudo (jurisdicciones secundarias), pero no sobre las cortes de la sede del arbitraje (jurisdicción principal).⁸ Como resultado, las cortes de la sede tienen amplia discreción para disponer la anulación de un laudo, constituyendo una fuente de inestabilidad para el sistema, sin que las jurisdicciones secundarias tengan rol alguno que jugar hasta aquí.

14. Sin embargo, el artículo V(1) de la CNY reconoce la discrecionalidad de los tribunales de las jurisdicciones secundarias para reconocer y ejecutar un laudo anulado en el país de la sede. En este sentido, la norma citada dispone: “Sólo se *podrá* denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”

15. La CNY utiliza la voz *podrá* en 4 de las 5 versiones auténticas del texto: mandarín, inglés, ruso y español. La única versión que contiene una redacción distinta es la francesa que establece que los laudos “*ne seront refusées*,” es decir, que “no serán rechazados.” En todo caso, se ha dicho que para un lector francés “no es imposible ver el Artículo V(1) como permisivo, donde el ‘sólo’ sirve el propósito de limitar las posibles causales para denegar reconocimiento [del laudo].”⁹

16. La inclusión de la palabra *podrá* en el Artículo V(1) no fue accidental, lo que es confirmado por los *travaux préparatoires* donde se constata la propuesta de inclusión de la palabra *shall* (“deberá”), la que ni siquiera se llegó a discutir.¹⁰

17. También relevante para la materia, el artículo VII de la CNY contiene una *Cláusula de la Ley Más Favorable* estableciendo que las disposiciones de la convención “[No] privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.” El claro lenguaje del artículo transcrita confirma que la CNY constituye un estándar mínimo, en otras palabras un piso y no un techo, respecto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

18. El análisis recién efectuado respecto al uso de la palabra *podrá* en la CNY, es también válido para el Artículo 5 de la Convención de Panamá, que dispone: “Solo se *podrá* denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución.” (énfasis agregado)¹¹

19. En conclusión, tanto la CNY como la Convención de Panamá son permisivas en cuanto dejan a la decisión sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado en la jurisdicción primaria a la discrecionalidad de las cortes de las jurisdicciones secundarias.

⁷ Véase http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁸ J. PAULSSON, *Laudos Anulados en el Lugar del Arbitraje*, en *La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencia y Perspectivas*, Naciones Unidas, Nueva York (1999), P. 25.

⁹ E. GAILLARD, *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, ¶27 (“Gaillard”).

¹⁰ The History of the ICSID Convention: Documents concerning the origin and formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states (1970).

¹¹ La Convención de Panamá goza de preferencia por sobre la CNY entre los Estados Miembros de misma. En los Estados Unidos, la *Federal Arbitration Act* dispone en su sección 305 que en aquellos casos en que ambos instrumentos son aplicables, “[s]i una mayoría de las partes del acuerdo de arbitraje son ciudadanos de un Estados o Estados que han ratificado la Convención Interamericana y son Miembros de la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana deberá ser aplicada.”

III. ¿Importancia de la sede del arbitraje?

20. La importancia de la sede del arbitraje dependerá de la concepción que se tenga respecto a la relación entre la sede y el proceso arbitral.

21. Ha sido sostenido que una de las preguntas que aún se mantiene controversial en arbitraje es aquélla referida al rol de la sede arbitral, identificando dos posturas diametralmente opuestas:¹²

22. Bajo una primera concepción, la selección de una sede arbitral es el equivalente a la selección de un foro doméstico. Dicha selección trae de la mano la ley del lugar gobierna el acuerdo de arbitraje, ya sea directamente o designando la ley aplicable; la composición del tribunal; el procedimiento; y la forma del laudo. La corte respectiva tendrá un rol de supervisión. Esta perspectiva es predominante en Inglaterra, por ejemplo.

23. Una segunda concepción, dominante en Francia, considera que la sede del arbitraje es elegida principalmente por motivos de conveniencia y el tribunal arbitral no tiene mayor conexión con las cortes de la sede. Los árbitros no derivan sus poderes del estado, sino del acuerdo arbitral.

24. La posición que se adopte en este punto es relevante para el tema que nos convoca: si se asume que el laudo arbitral recibe su fuerza vinculante a partir de su conexión con un estado, si éste fue anulado por las cortes de dicho estado, en principio, no sería susceptible de ejecución. Por el contrario, si los árbitros “no tienen un foro” (*i.e.* el arbitraje es deslocalizado), la posible declaración de anulación de un laudo por las cortes de la sede no tendría efecto alguno respecto a las cortes del país de ejecución.

25. Dado que, según se verá, una gran mayoría de las jurisdicciones da consideración a las cortes de la sede arbitral, la premisa relativa a la importancia de la selección de la sede sigue siendo verdadera y debería darse prioridad a jurisdicciones en que sea previsible que el sistema judicial dará valor al carácter final de un laudo. También será relevante en una segunda etapa la selección del foro de cumplimiento, dándose prioridad, de ser posible, a Francia, Países Bajos y, quizás ahora también, al Reino Unido y Estados Unidos.

IV. Análisis Jurisprudencial

1. Estados Unidos (Nueva York y Distrito de Columbia)

26. (i) *Commisa*. *Commisa* es la filial mexicana de una empresa americana que en 1997 celebró un contrato con Pemex Exploración y Producción (“PEP”) para la construcción de dos plataformas de gas natural costa afuera. El contrato estaba sometido a la ley mexicana y las partes pactaron que cualquier eventual disputa sería resueltas mediante arbitraje con sede en la Ciudad de México. Al tiempo de la celebración del contrato PEP estaba facultada para convenir arbitraje.

27. A fines del año 2004, *Commisa* inició un arbitraje contra PEP invocando incumplimientos contractuales. PEP, por su parte, informó a *Commisa* que había iniciado un procedimiento administrativo ante las cortes mexicanas tendiente a obtener la rescisión del contrato. PEP obtuvo pronunciamientos favorables de las cortes domésticas mientras el arbitraje aún se encontraba pendiente, las que no abordaron el punto de la arbitrabilidad de la disputa. Valiéndose de dichas decisiones, PEP opuso la excepción de *res judicata* para impedir que el tribunal arbitral conociera los méritos del caso, la que fue rechazada. Más tarde, en 2007, México pasó legislación estableciendo que la rescisión administrativa de contratos no podía ser objeto de arbitraje.

¹² *Gaillard*, P. 17.

28. En el año 2009 la mayoría del tribunal arbitral falló a favor de *Commisa*, la que buscó obtener la confirmación del laudo ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York. La confirmación fue conferida en 2010. Casi en paralelo, PEP obtuvo la declaración de anulación del laudo en 2011, fundada en consideraciones de orden público relativas a la inarbitrabilidad de la disputa.

29. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito anuló el fallo de la Corte de Distrito Sur y le remitió nuevamente el caso, esta vez, para decidir si el laudo podía ser confirmado después de su anulación en el país de la sede.

30. La Corte de Distrito Sur de Nueva York consideró tanto la Convención de Panamá como la CNY, destacando su similitud. En particular, la corte se centró en el uso de la palabra *podrá* en ambos instrumentos, destacando la discrecionalidad de que goza para decidir sobre la ejecución de un laudo anulado. En el análisis la corte se enfocó en tres casos:

- a. *Chromalloy Aeroservices*, 939 F.Supp. 907 (D.D.C. 1996). La Corte del Distrito de Columbia confirmó un laudo arbitral anulado en Egipto fundada en que el acuerdo de arbitraje impedía a las partes apelar ante las cortes egipcias y, por lo tanto, el reconocimiento de la decisión de anulación de la corte egipcia sería contrario a la política favoreciendo un laudo final y vinculante en disputas comerciales, existente en los Estados Unidos.
- b. *Baker Marine (Nig.) Ltd c. Chevron (Nig.) Ltd*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999). Estas decisiones tienen su origen en dos arbitrajes con sede en Lagos, Nigeria. El contrato y la cláusula arbitral estaban sujetos a ley nigeriana. La disputa se refiere al incumplimiento de un contrato de prestación de servicios. Los dos laudos dictados fueron anulados por los tribunales nigerianos. Baker Marine solicitó su reconocimiento en Nueva York, siendo éste denegado por la corte distrital en un laudo confirmado por el Segundo Circuito. El tribunal rechazó la aplicación del FAA ya que las partes habían pactado como ley aplicable la ley de Nigeria, recordando que “[E]l ‘propósito primordial’ de la FAA [Federal Arbitration Act] es ‘asegurar que los acuerdos privados para arbitrar sean ejecutados de acuerdo a sus términos.’” Respecto al término *podrá*, la corte hizo presente que la parte requirente no argumentó que la decisión de anulación fuera contraria a la ley nigeriana o alguna otra razón por la cual dicha decisión no debería ser considerada.
- c. *TermoRio S.A. E.S.P. c. Electranta S.P.*, 487 F. 3d 928 (D.C. Cir. 2007). En este caso, resuelto por la misma corte que conoció el *Chromalloy*, el circuito del Distrito de Columbia denegó la ejecución de un laudo anulado en la sede –Colombia– dado que nada indicaba que el fallo judicial extranjero estuviera “viciado [*tainted*].” La corte reconoció que un laudo anulado no es ejecutable a menos que dicha anulación sea “repugnante a nociones fundamentales de lo que es decente en los Estados Unidos,” siendo éste el punto fundamental de la decisión.

31. En *Commisa*, la Corte del Distrito Sur de Nueva York reafirmó la existencia de discrecionalidad, pero destacando que ésta tiene un ámbito restringido. Siguiendo *Baker Marine* y *TermoRio* –especialmente este última–, estableció que el estándar para ejecutar un laudo anulado es que la decisión de anulación debe ser repugnante a nociones fundamentales de qué es decente en los Estados Unidos o haber violado nociones básicas de justicia, estándar que la corte estimó satisfecho con la aplicación retroactiva de legislación prohibiendo a PEP convenir arbitraje, lo que al tiempo de celebración del acuerdo de arbitraje le era permitido.

32. (ii) *Karaha Bodas Co. c. Pertamina* (2003). Esta decisión tiene su origen en un arbitraje con sede en Ginebra, Confederación Suiza, entre una sociedad de Reino Unido y una compañía estatal de Indonesia. Una corte en Suiza denegó la solicitud de anulación presentada por la parte demandada, la que sí fue declarada por una corte en Indonesia, prohibiéndose además la ejecución del laudo. Karaha Bodas solicitó el reconocimiento y ejecución del laudo en los Estados Unidos, siendo otorgado por la Corte de Apelaciones del Quinto Distrito fundada en las siguientes razones: (i) que el Artículo V(1)(e) de la CNY le otorgaba una amplia discrecionalidad; y (ii) que la CNY parece aceptar el *forum shopping*.

2. Reino Unido

33. Los hechos subyacentes y razonamiento de la corte británica en *Yukos* han sido previamente desarrollados en este trabajo.¹³

34. Un fallo judicial de fecha 19 de febrero de 2015 revivió la discusión en el Reino Unido. En *Malicorp*, una Corte Comercial dejó sin efecto una orden de ejecución dictada *ex parte* por un juez, bajo la condición que la parte demandada –Egipto– tuviera la oportunidad de buscar la anulación de dicha orden con posterioridad.

35. En su decisión, la Corte Comercial consigna que el uso de la voz *podrá* en la sección 103(2) de la Ley Inglesa de Arbitraje (equivalente al Art. V de la CNY) le confiere discreción a una corte para decidir sobre la ejecución de un laudo anulado por una autoridad competente.¹⁴

36. En relación al precedente fijado por *Yukos*, la Corte Comercial declaró que la decisión de anulación del laudo dictada por una corte en El Cairo debería ser respetada, a menos que ofenda “principios básicos de honestidad, justicia natural y concepciones domésticas de orden público.”¹⁵

37. Lo destacable de la decisión dictada en *Malicorp* es que, si bien el laudo previamente anulado no fue ejecutado en el Reino Unido, tanto la facultad de una corte para hacerlo, como el estándar establecido en *Yukos* fueron reconocidos y confirmados expresamente.

3. Francia

38. La promulgación del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés (NCPC) trajo consigo un cambio de posicionamiento a la hora de abordar el reconocimiento y ejecución de laudos anulados.¹⁶ La totalidad de las decisiones judiciales dictadas por las cortes francesas con posterioridad al NCPC se han basado en el denominado principio *Hilmarton*. En *Hilmarton* se estableció que un laudo anulado en la sede aún puede ser reconocido y ejecutado por las cortes francesas.¹⁷ No solo eso: las cortes francesas fueron más lejos al establecer que un segundo laudo dictado en el mismo caso post-anulación del laudo original no podía ser ejecutado dado que el primer laudo anulado había producido *res judicata*. La Corte Suprema expuso en este punto que “el [primer] laudo dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado en el sistema legal de ese país por lo que se mantiene existente incluso si es anulado, de modo que su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional.”¹⁸

39. El principio *Hilmarton* también fue seguido por la Corte de Apelaciones de París en *Chromalloy Aeroservices c. la República Árabe de Egipto*, (1996), donde junto con reiterar la internacionalidad de un laudo arbitral y su falta de conexión jurídica con la sede, estableció que un laudo anulado puede ser en todo caso reconocido en Francia, siempre que cumpla con los estándares franceses para que dicho reconocimiento proceda.

40. Casos anteriores al establecimiento del principio *Hilmarton* confirman la postura pro arbitraje.

¹³ Véanse ¶¶ 1a 3 *supra*.

¹⁴ *Malicorp*, ¶21.

¹⁵ *Ibid.*, ¶22.

¹⁶ Cfr. *M. Clair v. MM Berardi Ganier y Pavec*, (1980): Esta decisión tiene su origen en un arbitraje con sede en Ginebra. La disputa se refirió a la valoración de las acciones de una sociedad. El laudo dictado fue anulado por la Corte de Justicia de Ginebra, pese a lo cual se solicitó la ejecución del mismo en Francia. La Corte de Apelaciones de París denegó el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral fundada en una interpretación exegética de la versión en francés del Artículo V(1)(e) de la CNY, entendiendo que éste constitúa una norma imperativa.

¹⁷ Véase *Hilmarton Ltd. c. Omnium de Traitment et de Valorisation*, (1994)

¹⁸ YB Comm Arb, Vol XX (1995), P. 663.

traje de la judicatura francesa desde la dictación del NCPC, cuerpo legal que ha sido considerado como una *ley más favorable* en términos del Artículo VII de la CNY:

41. En *Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c. Norsolor, S.A.*, (1984): El laudo dictado en un arbitraje con sede en Viena fue parcialmente anulado por los tribunales austriacos, pese a lo cual la Corte de Casación francesa decretó su reconocimiento y ejecución en aplicación del Artículo VII de la CNY, estimando que el Artículo 1502 del NCPC constituía una *ley más favorable* respecto al Artículo V de la CNY.¹⁹ La misma interpretación fue sostenida en *Polish Ocean Lines c. Jolasry*, (1993), en que las cortes francesas desestimaron la decisión de anulación y una orden de no ejecución dictadas por los tribunales de Polonia, sede del arbitraje.

42. La importancia del NCPC y el hecho que éste recoge los principios fundamentales de la ley de arbitraje francesa fueron confirmados en *International Bechtel Co. Ltd. c. El Departamento de Aviación Civil del Gobierno de Dubái*, (2004) en que la Corte de Apelaciones de París declaró que uno de los objetivos del NCPC fue la eliminación de obstáculos para la efectividad de los laudos internacionales, agregando que una decisión de anulación por las cortes de los Emiratos Árabes Unidos no tenía efecto vinculante sobre las cortes de Francia.

43. La decisión más reciente dictada en la jurisdicción francesa fue aquélla dictada por el Tribunal de la Gran Instancia en *Nikolay Maximov c. Novolipetsky Steel Mill*, (2012), en que el Sr. Maximov buscó el reconocimiento y ejecución en Francia de un laudo por 300 millones de dólares americanos dictado en su favor por un tribunal arbitral con sede en Moscú, el que fue anulado por las cortes locales. El Tribunal de la Gran Instancia estableció que la anulación en Rusia no era suficiente para denegar el reconocimiento del laudo en Francia, agregando que el laudo era válido y fue obtenido conforme a los acuerdos contractuales de las partes, de modo que el mismo debía ser reconocido y ejecutado.

4. Países Bajos

44. Las cortes de los Países Bajos tienen una aproximación a la materia similar a las cortes francesas.

45. En *Yukos Capital SARL c. OJSC Rosneft Oil Co.*, (2009), Yukos Capital solicitó el reconocimiento y ejecución en los Países Bajos de cuatro laudos arbitrales previamente anulados en Rusia, sede del arbitraje. Concediendo la solicitud, la Corte de Apelaciones de Ámsterdam esgrimió las siguientes razones: (i) que de conformidad con la CNY los tribunales de los Países Bajos no estaban obligados a reconocer la resoluciones de anulación dictadas por los tribunales de Rusia; y (ii) que era altamente probable que las resoluciones judiciales rusas anulando los laudos arbitrales fueran el resultado de una justicia que podía ser calificada como parcial y dependiente, claramente influenciada por la campaña orquestada por la Federación Rusa en contra del reclamante.

46. Sin embargo, hay diferencias entre los Países Bajos y Francia: En *Nikolay Maximov v. Novolipetsky Steel Mill*, (2012), la Corte de Apelaciones de Ámsterdam, matizando la resolución en *Yukos v. Rosneft*, denegó el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en aplicación del Artículo V de la CNY, sosteniendo que el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado debía ser rechazado, salvo que fuera el resultado de un juicio injusto e imparcial.

5. Federación Rusa

¹⁹ El Artículo 1502 del NCPC no contempla como motivo para recurrir un laudo arbitral la anulación o suspensión del mismo en el lugar de origen. Por ello, según interpretó la Corte de Casación, no cabe denegar la ejecución en Francia de un laudo extranjero con base en dicho motivo.

47. La decisión de las cortes rusas en *Ciments Français c. Sibirskiy Cement*²⁰ generó la sensación que Rusia estaba adoptando una teoría deslocalizada del arbitraje, similar a la francesa. Lo anterior, dado que la Corte de Arbitraje de Kemero, accedió a otorgar reconocimiento y ejecución a un laudo anulado por las cortes de la sede, Turquía. Sin embargo, un año más tarde la Corte Suprema de Arbitraje acogió el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia y denegó el reconocimiento del laudo fundado en que el reconocimiento de un laudo extranjero anulado por las cortes nacionales sería contrario al orden público nacional ruso.

6. República de Chile

48. En su decisión en *EDFI Internacional S.A. c. Endesa Internacional S.A. and YPF S.A.*, (2011), la Corte Suprema chilena sostuvo que un laudo anulado en el país de la sede no es susceptible de reconocimiento y ejecución en Chile. El laudo cuya ejecución se pretendía fue dictado en Argentina, sede arbitral, y ambas partes en el proceso solicitaron su anulación ante la Corte de Apelaciones de Buenos Aires, la que consecuentemente lo declaró nulo. EDFI buscó ejecutar el laudo en Francia, Estados Unidos (Delaware) y Chile.

49. La Corte Suprema chilena consideró que, habiéndose probado la causal de anulación del laudo, existía una causal suficiente para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo por faltar el requisito de efectividad establecido en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil (norma que establece que requiere un “doble exequáutur,” en los siguientes términos: “*la autenticidad y efectividad de un laudo deberá ser probado por un tribunal superior de la sede del arbitraje*”).

50. La decisión en cuestión no consideró la naturaleza permisiva –*podrá*– de la CNY y de la Convención de Panamá y parece haber asumido que, más que un ejercicio de discrecionalidad, estaba en la necesidad –*deberá*– de rechazar el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado. Comentario aparte merece el que la corte haya fundado su decisión, a lo menos en parte, en el requerimiento de doble exequáutur, en circunstancias que es claro que la CNY derogó cualquier vestigio de este requisito.²¹

V. Conclusiones

51. La obtención de un laudo arbitral favorable puede representar la victoria en una batalla, pero no necesariamente el término de la guerra. En una gran mayoría de los casos el cumplimiento por las partes es voluntario. No obstante, existen casos célebres que dan cuenta de la cantidad de obstáculos que una parte vencedora en la disputa puede verse expuesta a sortear antes de recibir aquello a lo que el laudo arbitral determinó está facultada. La anulación del laudo y las preguntas consecuentes relativas a su ejecución son dos de dichos obstáculos.

52. La respuesta sobre la posibilidad de reconocimiento y ejecución de un laudo anulado en la sede dependerá de diversos factores. El entendimiento que se tenga respecto a la vinculación de la jurisdicción arbitral con el sistema estatal de la sede del arbitraje es uno de ellos. Por ejemplo, por un lado hemos visto que en Francia la elección de la sede no tiene más efectos que la búsqueda de conveniencia. Por otro, esa vinculación es mucho más fuerte en el Reino Unido.

53. Sin embargo, decisiones como *Yukos* en el Reino Unido o *Commisa* en los Estados Unidos plantean el interrogante sobre si la asunción de una posición respecto a la localización o deslocalización del arbitraje es realmente determinante para decidir sobre el reconocimiento de un laudo anulado o, si por el contrario, el énfasis debe ser puesto en consideraciones que la comunidad internacional ha iden-

²⁰ P. TORBERT, *A Study of the Risks of Contract Ambiguity* (2014), University of Chicago Law School, Chicago Bound.

²¹ Véanse ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention, P. 101; Nazar, Felipe, *Enforcement in Chile of International Awards Vacated in the Seat of the Arbitration*, disponible en: http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Dec.%20Enforcement%20awards%20vacated%20%28Chile%29%20.pdf

tificado como “principios básicos de honestidad, justicia natural y concepciones domésticas de orden público” o, simplemente, como “nociónes básicas de justicia.”

54. Los instrumentos que regulan el libre tránsito de laudos internacionales ciertamente permiten el ejercicio de discrecionalidad por parte de las cortes del lugar de ejecución. Las mismas podrán –o no– denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado. Estamos lejos, sin embargo, de poder decir que todas las jurisdicciones secundarias estarán dispuestas a efectuar su propio análisis sobre la adecuación de decisiones de anulación en las jurisdicciones primarias.

55. El ejercicio de discrecionalidad es consistente con la arquitectura del sistema de cumplimiento internacional. No obstante, se puede argüir que el mismo genera incertidumbre e incita el *forum shopping*,²² planteándose entonces la pregunta respecto a cuáles son los valores que deben primar: certeza y respeto por las jurisdicciones locales o un posible mayor grado de incertidumbre, con un consecuente mayor grado de revisión de posibles abusos que sean contrarios a los que hoy son percibidas como estándares mínimos de justicia por la comunidad internacional.

56. En opinión del autor, buscar unificar posiciones respecto a la (des)localización del arbitraje no solo parece una tarea titánica, sino además ineficiente. Por su parte, el establecimiento de principios básicos de justicia y debido proceso parece no solo más alcanzable, sino también deseable. En este sentido, más allá de la posición que se tenga sobre la relación entre un procedimiento arbitral y la sede, pocos podrán controvertir que el reconocimiento de un laudo anulado por razones que repugnen las nociónes más básicas de justicia y debido proceso debería estar disponible para la parte agraviada. El siguiente grado de desarrollo deberá ser, entonces, el dotar de un contenido más preciso a las nociónes de “principios básicos de honestidad, justicia natural y concepciones domésticas de orden público,” “nociónes básicas de justicia,” u otras formulaciones en el mismo sentido.

²² El determinar si el *forum shopping* es efectivamente prejudicial y si debería ser evitado excede las metas del presente trabajo.

SOBRE EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS ANULADOS O SUSPENDIDOS EN EL ESTADO DE ORIGEN

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS SET ASIDE OR SUSPENDED IN THE STATE OF ORIGIN

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Autónoma de Madrid

SARA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

Profesora Honoraria

Universidad Autónoma de Madrid

Recibido: 03.01.2016 / Aceptado: 05.01.2016

Resumen: El exequáutur en España de laudos extranjeros está regido por el Convenio de Nueva York de 1958. Este establece una serie de causas de denegación del reconocimiento entre las que se cuenta que el laudo haya sido anulado o suspendido en el Estado de origen, *ex artículo V.1 (e)*. Asimismo, el Convenio de Nueva York establece, como criterio para resolver los problemas de concurrencia normativa que pueden surgir entre este y otros convenios internacionales, caso del Convenio de Ginebra de 1961 dentro de su ámbito de aplicación, o el propio Derecho interno, un principio de mayor favorabilidad. El trabajo analiza el régimen que dispone el artículo V.1 (e) del Convenio de Nueva York y el juego del principio de mayor favorabilidad para determinar si cabe el exequáutur en España de laudos anulados o suspendidos en el Estado de origen.

Palabras clave: arbitraje, laudos extranjeros, anulación, suspensión, exequáutur

Abstract: The exequatur in Spain of foreign arbitral awards is governed by the 1958 New York Convention. It establishes several grounds for refusal of recognition, among which the set aside or the suspension of the arbitral award in the State of origin, *ex article V.1 (e)*. Additionally, the New York Convention provides, as a criterion for concurrence issues among it and other international conventions, such as the 1961 Geneva Convention, or the domestic law a principle of favorability. This paper analyses the regime established by article V.1 (e) of the New York Convention and the effect of the principle of favorability to determine if it is possible to obtain the exequatur in Spain of foreign arbitral awards which has been set aside or suspended in the State of origin.

Keywords: arbitration, foreign arbitral awards, set aside, suspension, exequatur.

Sumario: I. Introducción. II. Marco normativo: régimen aplicable a las causas de denegación del exequatur. 1. Aplicación del Convenio de Nueva York. 2. El Convenio de Ginebra. 3. No aplicación de la Ley de Arbitraje. 4. Conclusión parcial. III. Causas de denegación del exequáutur en el Convenio de Nueva York. 1. El exequáutur y el Artículo V del Convenio. 2. La anulación o suspensión en el Estado de origen como causa de denegación. a) Diferencia entre los Artículos V.1 (e) y VI del Convenio. b) El sentido y fin del Artículo V.1 (e). c) Alcance del Artículo V.1 (e). d) Conclusión parcial. IV. La naturaleza del Artículo V. 1. La interpretación del Artículo V como norma facultativa para los jueces. 2. La inviabilidad de esta tesis bajo Derecho español. 3. Conclusión parcial. 4. Otros posibles argumentos. V. Conclusiones finales.

I. Introducción

1. El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen de reconocimiento y ejecución en España de laudos extranjeros que hayan sido anulados o cuya eficacia haya sido suspendida en el Estado de la sede del arbitraje, esto es, en el Estado de origen, sin prejuzgar la concurrencia o no de otras posibles causas de denegación. Se trata de una cuestión abordada en muchas ocasiones por la doctrina, nacional y extranjera, que, sin embargo, no termina de resultar pacífica. La jurisprudencia española, por su parte, ha adoptado una posición claramente contraria al reconocimiento y ejecución de sentencias suspendidas o anuladas en el Estado de origen en aplicación del Convenio de Nueva York. Este trabajo pretende contribuir al análisis de su régimen y del juego del principio de mayor favorabilidad en este ámbito.

2. Para ello, el orden de exposición que se sigue es el siguiente. En primer lugar, se identifica cuál es el régimen aplicable al exequáutur de laudos arbitrales extranjeros y, por consiguiente, dónde debe buscarse la respuesta a la pregunta de si los laudos extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen deben obtener exequáutur en España. A continuación, se comprueba cuáles son las causas de denegación del exequáutur de laudos extranjeros de conformidad con el régimen aplicable; ahí se verá si y en qué medida la anulación o suspensión del laudo en el Estado de origen es una de dichas causas. En tercer lugar, se examinan las posibles razones invocadas para rechazar o restringir el alcance de la anulación o suspensión del laudo como causa de denegación del exequáutur. Por último, se extraen unas conclusiones.

II. Marco normativo: régimen aplicable a las causas de denegación del exequáutur

1. Aplicación del Convenio de Nueva York

3. La determinación del régimen normativo aplicable no presenta graves dificultades. El reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España están regulados en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958¹. Así lo advierte nuestra Ley de Arbitraje: “*El exequáutur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*” (Art. 46.2 LA).

4. Tanto la Ley de Arbitraje como el propio Convenio de Nueva York consagran el llamado “principio de mayor favorabilidad”. El artículo 46.2 LA prevé la aplicación del Convenio de Nueva York “...sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a la concesión del exequáutur...”, y el Artículo VII del Convenio de Nueva York prevé que “*Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque*”.

5. El principio de mayor favorabilidad que recogen ambos preceptos no es más que un criterio para resolver los problemas de concurrencia normativa que pueden surgir entre el Convenio de Nueva York, por una parte, y otros convenios internacionales o el propio Derecho interno, por otra, en materia de exequáutur de laudos arbitrales extranjeros (“sentencias arbitrales” en la terminología del Convenio). Al amparo de este principio, la parte interesada puede invocar un régimen más favorable a la concesión del exequáutur que el establecido en el Convenio de Nueva York. El Convenio establece, así,

¹ Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, B.O.E. de 11 de julio de 1977.

el estándar mínimo internacional, pero habilita a los Estados parte para ser más permisivos en cuanto al reconocimiento de laudos extranjeros.

6. Para que este principio sea aplicable en el supuesto objeto de este trabajo, *i.e.* reconocimiento y ejecución de laudos anulados o suspendidos en el Estado de origen, tienen que concurrir dos presupuestos. En primer lugar, que España sea parte de algún convenio bilateral o multilateral en esta materia que resulte aplicable, o bien que en nuestro Derecho interno se haya adoptado un régimen autónomo de reconocimiento de los laudos extranjeros. Esto es, el presupuesto de aplicación de dicho principio es, como adelantábamos, la concurrencia normativa de textos potencialmente aplicables. En segundo lugar, ha de darse un requisito puramente procesal. El Artículo VII.1 del Convenio de Nueva York exige que el principio de mayor favorabilidad sea invocado por el solicitante del exequáтур (según el tenor del precepto, la parte interesada debe “*hacer valer*” su derecho a beneficiarse de un régimen más favorable). Por tanto, es necesario que el solicitante lo invoque en su demanda de exequáтур.

7. Dado que el régimen del Convenio de Nueva York es de aplicación en la medida en que no pueda acudirse a normas convencionales o de Derecho interno que establezcan reglas más favorables para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, nos vamos a detener en primer término en el análisis de esta cuestión para determinar si tales reglas existen y en qué supuestos son aplicables.²

2. El Convenio de Ginebra de 1961

8. El Convenio de Ginebra de 1961³ contiene un régimen que, en algún extremo, resulta más favorable a la concesión del exequáтур que el régimen del Convenio de Nueva York. En concreto, mientras que el Convenio de Nueva York prevé entre las causas de denegación del exequáтур que el laudo haya sido anulado en el Estado de origen, sin especificar la causa de anulación, *i.e.* deja en manos de cada Estado fijar los posibles motivos de anulación de un lado, el Convenio de Ginebra sólo admite que se deniegue el exequáтур cuando la anulación se hubiese basado en alguno de los motivos recogidos en su Artículo IX. El Convenio de Ginebra no hace una remisión en blanco a los tribunales de la sede del arbitraje en cuanto a los motivos de anulación del laudo, sino que restringe el elenco de motivos aceptables y obliga a las autoridades ante las que se solicita el exequáтур a verificar si la anulación se fundó en uno de esos motivos (incapacidad de las partes o invalidez del convenio arbitral, indefensión en el procedimiento, extralimitación de los árbitros, indebida constitución del tribunal o procedimiento que no se adecúa a lo establecido). Cuando el laudo se haya anulado por un motivo diferente de aquellos tasados en el Artículo IX, el Convenio no impide que el laudo pueda ser reconocido y ejecutado. Por ejemplo, sería posible reconocer y ejecutar un laudo que haya sido anulado en el Estado de origen por no ser arbitrable la materia cuando esta sí lo sea en España, o por motivos de orden público que no sean considerados como tales en España⁴.

9. Sin embargo el ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra es más limitado que el del Convenio de Nueva York, tanto desde el punto de vista material, ya que solamente es de aplicación

² De acuerdo con J. DÍEZ-HOCHLEITNER / I. HEREDIA CERVANTES, “Exequatur en España de laudos anulados y suspendidos en el Estado de origen”, *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español de Arbitraje*, nº 13, 2012, pp. 7-8, no resulta aceptable la invocación de la regla más favorable para lograr el reconocimiento y ejecución de un laudo suspendido o anulado en el Estado de origen. Esto es, la regla de mayor favorabilidad juega solamente en relación con las restantes causas de denegación del reconocimiento. En su opinión, la aplicación de esta a los supuestos en que el laudo haya sido anulado o suspendido resultaría contrario al principio localizador del arbitraje que inspira el Convenio de Nueva York y al que nosotros nos referiremos más adelante (*vid. infra* núm. 21 y ss.). Sin embargo, y aunque no cabe duda de que el Convenio de Nueva York presupone una localización jurídica del arbitraje en el Estado de la sede, no hay razones para excluir la aplicación a estos supuestos de la regla más favorable que se establece con carácter general en el Artículo VII.

³ Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, *B.O.E.*, de 4 de octubre de 1975.

⁴ Véase a este respecto el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Rubí (Barcelona), de 11 de junio de 2007, *ROJ AJPII* 6/2007, que se refiere como ejemplo de este último escenario al caso de que se anulara un laudo en Arabia Saudí por haber sido dictado por árbitros que no sean de religión musulmana, como establece su normativa.

en materia comercial, como desde el punto de vista espacial, pues toma como punto de partida para su aplicación general el domicilio de las partes y exige que estos se encuentren localizados en Estados contratantes diferentes (Art. I.1 (a)). Además, en el caso específico del reconocimiento y ejecución de laudos anulados, el tenor del Artículo IX no deja espacio para la duda: “*La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante...*” (sin subrayado en el original). El Artículo IX sólo es aplicable entre Estados parte del Convenio de Ginebra. Por tanto, en sede de reconocimiento y ejecución de laudos en España solo puede invocarse el Convenio de Ginebra en relación con laudos anulados en un Estado contratante, y solo en materia comercial.

3. No aplicación de la Ley de Arbitraje

10. La Ley de Arbitraje no puede invocarse al amparo del principio de mayor favorabilidad, ya que no contiene un régimen propio sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros que pudiese concurrir con el régimen del Convenio de Nueva York. Para los laudos dictados en el extranjero, la Ley de Arbitraje reenvía al régimen del Convenio de Nueva York (Art. 46.2).

11. La inexistencia de un régimen interno sobre reconocimiento de laudos extranjeros es perfectamente coherente con el hecho de que España haya optado por aceptar el alcance universal o *erga omnes* del Convenio de Nueva York, sin hacer uso de la opción que prevé el Artículo I.3 del Convenio, *i.e.* restringir su aplicación a los laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante. Para España, el Convenio de Nueva York constituye la norma general del sistema. La Exposición de Motivos de la Ley se manifiesta con absoluta claridad en este punto: “*El título IX regula el exequátrur de laudos extranjeros, compuesto por un único precepto en el que, ... se hace un reenvío a los convenios internacionales en los que España sea parte y, sobre todo, al Convenio de Nueva York de 1958. Dado que España no ha formulado reserva alguna a este convenio, resulta aplicable con independencia de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo ha sido o no dictado en un Estado parte en el convenio. Esto significa que el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York en España hace innecesario un régimen legal interno de exequátrur de laudos extranjeros...*” (sin subrayado en el original). Por eso, precisamente, cuando el Artículo 46 LA alude al principio de mayor favorabilidad sólo lo contempla *vis à vis* “*lo dispuesto en otros convenios internacionales*”. Si no hay un régimen concurrente con el del Convenio en nuestra Ley de Arbitraje, es por lógica imposible que juegue ese principio en relación a ella. Sólo puede jugar en relación a otros convenios internacionales.

4. Conclusión parcial

12. La conclusión que podemos extraer de este primer apartado es fácil de resumir: en nuestro Derecho vigente, y por lo que hace a las causas de denegación del exequátrur de laudos arbitrales extranjeros, el régimen aplicable es el contenido en el Convenio de Nueva York de 1958, solamente desplazado por regímenes convencionales que contengan reglas más favorables como el Convenio de Ginebra de 1961, cuyo ámbito de aplicación es mucho más limitado. Por ello, a lo largo del trabajo nos vamos a centrar en el análisis del régimen que establece el Convenio de Nueva York, introduciendo menciones puntuales al Convenio de Ginebra cuando resulte apropiado.

III. Causas de denegación del exequátrur en el Convenio de Nueva York

1. El exequátrur y el Artículo V del Convenio

13. El procedimiento de exequátrur es un procedimiento de *homologación* cuyo objeto es confirmar o rechazar en España los efectos de una decisión extranjera, sea judicial o arbitral. Como suele afirmar el Tribunal Supremo en relación a los laudos arbitrales: “*Esta Sala ha declarado con*

reiteración, como ya hiciese el Tribunal Constitucional en su ámbito de competencias (STC 132/91), que el procedimiento de exequártur tiene una naturaleza meramente homologadora en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión, que de este modo puede hacerse valer en España con dicha extensión, alcance y contenido... ”⁵ . El exequártur no hace más que “dejar valer” en España la eficacia que la decisión extranjera tiene en el país de origen. Es un simple mecanismo de *extensión de efectos*.

14. En relación a los laudos extranjeros, su obligatoriedad y eficacia viene determinada por la *lex arbitri* (i.e., por la ley que rige el procedimiento arbitral), si bien el Convenio de Nueva York arranca de una presunción de validez y eficacia del laudo arbitral.

15. Esto no implica, naturalmente, que deban reconocerse de forma automática y sin control alguno los laudos extranjeros. Lo único que implica es una determinada forma de distribuir la carga de la prueba. El Convenio prevé un elenco tasado de causas de denegación, pero distingue entre aquellas causas que protegen intereses generales, el orden público y la no-arbitrabilidad de la controversia, que son objeto de control *ex officio* (Art. V.2 del Convenio), y las causas que protegen intereses individuales, que deben ser alegadas y probadas por la parte que se opone al exequártur: “*Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba...* (Art. V.1 del Convenio).

16. El Artículo V.1 del Convenio prevé a continuación un elenco de causas de denegación del exequártur. Son causas tasadas y alternativas. Por un lado, son causas tasadas en el sentido de que la lista es cerrada: el demandado no puede oponerse por otras causas distintas de las ahí previstas (sin perjuicio, claro está, de que puede alegar y probar también aquéllas que están sujetas a control *ex officio*). Pero, por otro lado, son causas alternativas y autónomas entre sí: no debe haber solapamientos entre ellas y es suficiente que se dé cualquiera para que el juez del Estado requerido deniegue el exequártur. El texto del precepto utiliza la conjunción copulativa “o” para significar que cada una es causa suficiente por sí misma para denegar el exequártur. Como ha dicho el Tribunal Supremo, el que no se dé una de las causas previstas por el Artículo V, no “*impide que se deniegue el reconocimiento por causa distinta*”⁶.

2. La anulación o suspensión en el Estado de origen como causa de denegación

a) Diferencia entre los Artículos V.1 (e) y VI del Convenio

17. Entre las causas de denegación previstas en el Artículo V.1 del Convenio se encuentra la anulación o suspensión del laudo en el Estado de origen. En palabras del Convenio: se podrá denegar el exequártur si la parte que se opone a él prueba “*Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia*” (Art. V.1 e).

18. Este precepto guarda estrecha relación con el Artículo VI del Convenio, pues ambos contemplan el mismo escenario: que el laudo arbitral haya sido objeto de un recurso de anulación en el Estado de origen. La diferencia entre uno y otro estriba en el momento procesal en que nos encontramos:

(a) El Artículo VI del Convenio presupone que en el Estado de origen se ha pedido la anulación o la suspensión del laudo, pero la resolución está aún pendiente. Como el contenido de esta resolución va a determinar la suerte del exequártur, lo más razonable es que el juez del

⁵ Auto del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2002, ROJ ATS 5445/2002, F.J. 5, en relación al exequártur de un laudo inglés.

⁶ Auto del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 1996, recogido en F. ORTÉU/M.I. ALÍAS, *Exequártur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, 2003, pp. 89-90.

Estado requerido (*i.e.*, del Estado donde se ha pedido el exequáutur), aguarde a ver el resultado del procedimiento extranjero. Por eso, el Artículo VI del Convenio prevé la posibilidad de suspensión: “*Si se ha pedido a la autoridad competente, prevista en el artículo V, párrafo 1.e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la que se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia...*”.

(b) Una vez que el juez del Estado de origen ha tomado una decisión, anulando o suspendiendo los efectos del laudo, deja de ser aplicable el Artículo VI y pasa a serlo el Artículo V.1 (e): existe ya una decisión que anula o suspende los efectos del laudo y, por consiguiente, nos encontramos ya ante una de las causas de denegación previstas por el Convenio⁷.

b) El sentido y fin del Artículo V.1 (e)

19. El Convenio de Nueva York prevé la anulación o suspensión del laudo arbitral en el Estado de origen como una causa autónoma de denegación del exequáutur. Es una causa de denegación extrínseca a la decisión arbitral y objetiva. A diferencia de lo que sucede con el resto de las causas de denegación previstas por el Artículo V.1 (como la nulidad de la cláusula o la extralimitación de los árbitros, por ejemplo), el juez del Estado requerido no debe valorar o enjuiciar el procedimiento arbitral, sino limitarse a comprobar la concurrencia de un hecho extrínseco a dicho procedimiento, *i.e.* que el laudo haya sido anulado o suspendido en el Estado de origen. Los comentaristas al Convenio suelen destacar la relevancia de este dato a la hora de interpretar el alcance del Artículo V.1 (e) y de evitar que se solape con las demás causas de denegación⁸.

20. La inclusión de la anulación o suspensión del laudo en el Estado de origen como causa autónoma de denegación del exequáutur se comprende muy bien a partir del modelo normativo que subyace al Convenio de Nueva York. Este texto presupone que la localización física de la sede del arbitraje conlleva una *localización jurídica* y a partir de aquí hace un reparto de competencias entre el juez del Estado de origen (“país en que, o conforme a cuya ley” ha sido dictado el laudo) y el juez del Estado requerido. Por eso se ha dicho que el Convenio de Nueva York “...sigue un esquema implícito de reparto de papeles que opera sobre la distinción “jurisdicción primaria” y “jurisdicción secundaria”⁹.

21. Las autoridades del Estado de origen, como “jurisdicción primaria”, tienen una competencia directa y exclusiva para controlar el resultado del arbitraje: sólo ellas pueden anular o suspender la eficacia de un laudo; y su decisión tiene vocación de universalidad: la nulidad o la suspensión decretada por los jueces del Estado de origen del laudo afecta a la validez y eficacia mismas del título y, por consiguiente, extiende su alcance a todos los Estados donde se pretenda hacer valer. El principio que rige aquí es *ex nihil nihil fit*: no se va a dar eficacia en otro Estado al título anulado o cuya eficacia ha sido suspendida en el Estado de origen¹⁰.

⁷ De acuerdo con M. GÓMEZ JENE, “Exequáutur de laudo suspendido en el Estado de origen”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. 3, Issue, 1, 2010, pp. 109-111, la interpretación que se debe hacer del Artículo VI es más amplia: en su opinión no deja de ser aplicable el Artículo VI cuando se haya interpuesto una acción de anulación y el laudo haya sido suspendido como efecto que se produce *ex lege* por la mera interposición de la acción. En su entendimiento, el Artículo VI del Convenio de Nueva York fue concebido para los supuestos en que esté pendiente una acción de anulación en el Estado de origen (aunque también sea aplicable a los casos en que esté pendiente una acción en la que se solicite la suspensión a título principal), por lo que los efectos que tenga *ex lege* la interposición de tal recurso no alteran el que nos encontramos dentro de su ámbito de aplicación. Esta interpretación no encuentra en nuestra opinión amparo en el tenor de la norma, que no hace ninguna referencia al fundamento de la suspensión, con lo que hay que entender que resulta irrelevante a sus efectos que la suspensión se produzca o no *ex lege*. Volveremos sobre ello, *vid. infra*. 29 y 30.

⁸ *Vid. por ejemplo*, G. PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, p. 306-307.

⁹ M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica*, nº extraordinario-2006, pp. 21 y ss., p. 25; J. DÍEZ-HOCHEITNER/ I. HEREDIA/ CERVANTES, *loc. cit.*, pp.4-6; en la doctrina extranjera también es común poner de relieve esta distinción, *vid.*, J. VAN DER BERG, *The New York Convention Arbitration of 1958*, 1981, p. 350; W.M. REISMAN, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration*, 1992, p. 107; G. PETROCHILOS, *loc. cit.*, p. 307.

¹⁰ La doctrina es prácticamente unánime a la hora de reconocer que el Convenio de Nueva York arranca de este principio, *vid. i.a.*, y con más referencias, A.J. VAN DER BERG, “Enforcement of Annulled Awards”, *ICC Ct Bull*, 1998, p. 9 y ss., p. 15;

22. Esta solución es perfectamente consistente con la concepción de nuestro Tribunal Supremo del exequátor como mero procedimiento homologador: *es inherente a la propia naturaleza del procedimiento de exequátor que no se pueda homologar algo que no es válido en su Estado de origen o cuyos efectos han sido suspendidos*. La jurisprudencia es rotunda: “*El laudo anulado pierde toda su validez, luego carece de sentido pedir su reconocimiento*”¹¹. De lo contrario, un mecanismo de “mera homologación”, como es el exequátor, acabaría convertido en un mecanismo de “producción jurídica”.

23. Frente a esa posición privilegiada de las autoridades del Estado de origen, la competencia de los jueces del Estado requerido se restringe al otorgamiento o la denegación del exequátor. Es una competencia meramente territorial y homologadora: si el laudo no ha sido anulado o suspendido en el Estado de origen, la competencia de los jueces del Estado requerido se ciñe, mediante el procedimiento de exequátor, a la facultad de confirmar la eficacia del laudo extranjero dentro de su territorio (salvo, naturalmente, que se haya incurrido en alguna de las demás causas de denegación previstas por el Artículo V).

24. Este es el modelo que adopta también nuestra Ley de Arbitraje al prever la posibilidad de plantear una acción de anulación ante los tribunales españoles cuando la sede del arbitraje se localice en España (Art. 1 y 40 y ss.). Esta acción de anulación está destinada a “*impugnar la validez del laudo*” (vid. Exposición de Motivos de la LA, apdo. VIII) y, por lo tanto, tiene vocación de universalidad: una vez anulado, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, no tendría sentido que ese laudo se ejecutase en otro Estado.

25. Este modelo, por último, es perfectamente coherente con el fundamento del arbitraje: la voluntad de las partes. El hecho de que el laudo quede sujeto al recurso (o acción de) de anulación en el Estado de origen y de que, por lo tanto, pueda ser anulado o suspendida su eficacia por las autoridades de dicho Estado, es algo con lo que las partes cuentan a la hora de elegir la sede del arbitraje. Las partes, al escoger esta sede, escogen también el régimen de recursos al que queda sometido el laudo, igual que cuando escogen, mediante una cláusula de jurisdicción, los tribunales de un Estado, se someten al régimen de recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley procesal de dicho Estado. Por eso se ha llegado a decir que denegar la competencia de las autoridades de la sede del arbitraje para anular o suspender la eficacia del laudo supone una contravención de la propia cláusula arbitral y, en consecuencia, de la composición de intereses y riesgos que se hicieron las partes en el momento de contratar¹².

26. En conclusión, el Artículo V.1 (e), que prevé entre las causas de denegación del exequátor el hecho de que el laudo haya sido anulado o suspendido de eficacia en el Estado de origen, es perfectamente coherente con el modelo normativo que inspira el Convenio de Nueva York, con la naturaleza del procedimiento de exequátor, con nuestra propia Ley de Arbitraje y, en última instancia, con el fundamento de la institución, *i.e.* la voluntad de las partes.

A. TWEEDALE/K. TWEEDALE, *Arbitration of Commercial Disputes*, 2006, nº marg. 13.85 y ss. Claramente, O. SANDERS, “New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *N.I.L.R.*, 1956, pp. 43 y ss., p. 55: “*If the award has been set aside...there does no longer exist an arbitral award and enforcing a non-existing arbitral award would be an impossibility*” (“Si el laudo ha sido anulado...deja de existir un laudo arbitral y ejecutar un laudo no existente resultaría imposible”).

¹¹ Auto del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 1996, *loc.cit.*, nota 6, p. 90.

¹² “*...it short-circuits their intention, expressed by the direct or indirect choice of the seat to submit to a legal order and to determine judicial authorities*” (la negativa a aceptar la competencia del Estado de origen para conocer el recurso de nulidad “...cortocircuita su intención, expresa directa o indirectamente a través de la elección de la sede, de someterse a un ordenamiento jurídico y a unas determinadas autoridades judiciales”), J.-F. POUDRET/S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2^a ed., 2007, p. 854; en la doctrina española, M. VIRGÓS SORIANO, *loc.cit.*, p. 26: “*...las partes saben, desde el comienzo, a qué atenerse tanto en términos de tribunales como de marco jurídico de referencia del arbitraje*”; en parecidos términos, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, 2007, p. 179.

c) *Alcance del Artículo V.1 (e)*

27. La racionalidad del Artículo V.1 (e) sirve para despejar las dudas interpretativas que se han planteado sobre su alcance. Se incurre en esa causa de denegación del exequáтур siempre que el laudo arbitral “*no sea obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido*”. Esta formulación del supuesto de hecho de la norma abarca tres causas distintas: que el laudo aún no sea obligatorio, que haya sido anulado o que su eficacia haya sido suspendida. La obligatoriedad del laudo suele venir determinada *ex lege*, bien por las reglas aplicables al procedimiento arbitral escogidas por las partes, bien -en su defecto- por la ley del Estado de la sede. Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Supremo: “*a lo que se refiere dicho precepto del texto convencional es a la obligatoriedad para las partes del laudo, lo que acontece cuando, según la ley aplicable, el laudo tiene eficacia vinculante para las partes*”¹³.

28. La anulación o suspensión del laudo, en cambio, son causas extintivas o excluyentes de dicha obligatoriedad y derivan de una decisión de una autoridad del Estado de origen. Su justificación, como hemos visto, reside en el papel privilegiado del que gozan las autoridades del Estado de origen. El Convenio lo único que impone es este requisito de competencia: que la anulación o suspensión haya sido decretada por las autoridades del Estado de origen. Esto explica por qué el Convenio de Nueva York, a diferencia del Convenio de Ginebra, no establece un control de equivalencia de las causas de anulación. Se basa en un mero dato objetivo: la existencia de una decisión que anula o suspende el laudo. El Convenio no regula ni restringe las posibles causas de anulación o suspensión del laudo. Cualquiera que sea la causa de anulación o suspensión que haya sido invocada en el Estado de origen basta para denegar el exequáтур en el Estado requerido. Es, por ello, inconciliable con la letra y con el sentido del Artículo V.1 (e) del Convenio afirmar que sólo puede invocarse este motivo si las causas de anulación o de suspensión invocadas por el juez del Estado de origen son compatibles o equiparables a las previstas en el Derecho del Estado requerido¹⁴.

29. Tampoco es acertado, a los efectos de aplicar el Artículo V.1 (e) del Convenio, distinguir entre que los efectos suspensivos declarados por las autoridades del Estado de origen tengan carácter provisional, mientras se tramita el recurso de anulación, o definitivo; ni entre que la declaración de las autoridades del Estado de origen tenga esa naturaleza (declarativa) o sea constitutiva. No hay nada en el tenor del precepto que sirva para acoger esa distinción. El único dato relevante, como bien se ha dicho, es que “*el laudo debe haber sido privado judicialmente de efectos*”¹⁵. Nada más. Esta es la única interpretación posible tanto a partir de la letra del precepto como de su génesis: los trabajos preparatorios demuestran que el término “*suspendido*” se introdujo en el Artículo V.1 (e) con la intención de que condujese al rechazo del exequáтур y no a una mera suspensión de éste, con independencia de cuál fuese la causa o la naturaleza de la suspensión¹⁶.

¹³ Auto del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002, F.J. 9º.

¹⁴ *Vid.*, entre los autores españoles, M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, 2^a ed., 2007, p. 771; en la doctrina extranjera, G. PETROCHILES, p. 317.

¹⁵ A. SABATER, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, 2002, p. 105. En la doctrina extranjera ésta es también la tesis dominante, *vid.*, por ejemplo, J.F. POUDRET/S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2^a ed., 2007, p. 873: “*The adjuournment can be ordered by two different authorities in two different cases which must not be confused. First, by the Judge of the seat of the arbitration, which enables the respondent to oppose recognition and enforcement by invoking Art. V (1) (e). Second, by the enforcement Judge according to Art. VI when a Challenger or a request for suspension is pending on the state of the seat*” (“La suspensión puede haber sido ordenada por dos autoridades diferentes en dos circunstancias diferentes que no deben confundirse. Primero, por el juez de la sede del arbitraje, lo que permite al demandado oponerse al reconocimiento y a la ejecución invocando el Art. V (1). Segundo, por el juez del exequáтур al amparo del Art. VI mientras el recurso o la petición de suspensión esté aún pendiente en el Estado de la sede”).

¹⁶ Como se puede comprobar en los trabajos preparatorios del Convenio, UN DOC E/CONF. 26/L. 43 y UN DOC E/CONF. 26/SR. 17, en www.uncitral.org, durante la negociación se discutió si la suspensión del laudo en el Estado de origen debía conllevar una mera suspensión del procedimiento de exequáтур en el Estado requerido o, por el contrario, debería conllevar su denegación. Finalmente prevaleció la segunda opción: la suspensión del trámite de exequáтур al amparo del Artículo VI sólo cabe mientras el juez del Estado de origen no haya tomado una decisión sobre si suspende los efectos del laudo o no. Una vez tomada ésta y suspendida la eficacia del laudo, el Artículo V.1 (e) prevé la denegación del exequáтур.

30. Por ello, y salvo que un convenio ratificado por España previese otra cosa, no puede acogerse en nuestro país cierta jurisprudencia extranjera que ha otorgado el exequáтур –o suspendido este procedimiento- alegando que la suspensión de efectos en el Estado de origen era meramente provisional, mientras se tramitaba el recurso de anulación¹⁷. La suspensión del laudo en el Estado de origen, sea cual sea su fundamento o carácter, es causa de denegación del exequáтур de acuerdo con el Convenio¹⁸. Otra cosa es, naturalmente, que si posteriormente se desestima el recurso de nulidad en el Estado de origen y el laudo recupera su eficacia, puede volver a solicitarse el exequáтур (la excepción de cosa juzgada no lo impediría pues, recordemoslo de nuevo, el exequáтур es un procedimiento meramente homologador de decisiones extranjeras y, por su propia naturaleza, sujeto a las vicisitudes de éstas).

d) Conclusión parcial

31. Proyectando las consideraciones anteriores al supuesto objeto de este trabajo, la conclusión se extrae también sin apenas dificultad. Cuando el laudo cuyo exequáтур se solicita ha sido anulado u objeto de un recurso de anulación ante las autoridades del Estado de origen si hay una decisión de dichas autoridades suspendiendo la eficacia del laudo, concurre una de las causas de denegación previstas por el Artículo V.1 del Convenio de Nueva York. Además, por la propia naturaleza del procedimiento de exequáтур, afirmada la concurrencia de dicha causa, la consecuencia más coherente es desestimar la pretensión del actor y denegar su otorgamiento: otorgar exequáтур, *i.e.* dar efectos en España, a un título extranjero que ha sido anulado o que tiene dichos efectos suspendidos en su Estado de origen contraviene el carácter homologador de este procedimiento.

IV. La naturaleza del Artículo V

1. La interpretación del Artículo V como norma facultativa para los jueces

32. La única vía para escapar de la conclusión anterior sería demostrando el carácter facultativo del Artículo V del Convenio y, a partir de ahí, justificar que existen razones de oportunidad que aconsejan conceder el exequáтур al laudo arbitral extranjero pese a hallarse suspendido en el Estado de origen. A primera vista esta estrategia argumental puede sonar extraña. En principio, la consecuencia jurídica más coherente ante la verificación de una de las causas de denegación del exequáтур no debería ser otra que la propia denegación. Por eso, cuando el Artículo V dice “sólo se podrá denegar el reconocimiento...” por una serie de causas, lo está diciendo en el sentido de que sólo cabe denegar el reconocimiento por esas causas, pero, una vez que se verifica alguna de ellas, el juez *debe* hacerlo¹⁹.

¹⁷ *Vid.* G. PETROCHILES, *loc.cit.*, p. 312.

¹⁸ Así, en nuestra jurisprudencia véase el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid, de 6 de mayo de 2009, confirmado por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2009, ROJAAP M 15500/2009, y el Auto de Aclaración de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de diciembre de 2009. No obstante, M. GÓMEZ JENE, *loc. cit.*, 2010, pp. 101-104, sostiene que la interpretación del término “suspendido” del artículo V.1 e) del Convenio de Nueva York debe ser autónoma y del análisis comparado de la jurisprudencia se sigue que este término no comprende la suspensión de un laudo que se produce *ex lege* con la mera interposición de un recurso.

¹⁹ Esta es la lectura, por ejemplo, entre la doctrina dominante en Alemania, que explica el término “*podrá*” desde la perspectiva del Derecho internacional público (como un término neutral entre los llamados sistemas dualistas, donde los Tratados se entienden dirigidos sólo a los Estados parte, y monistas, donde los Tratados, una vez ratificados, atribuyen derechos y cargas directamente a los particulares), *vid.* P. GOTTWALD, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 2^a ed., tomo 3, p. 2465: “*Liegt einer der Versagungsgründe vor, so muss die zuständige Behörde die Anerkennungs- und Vollstreckung versagen. Der insoweit irreleitende Wortlaut des Gesetzes „darf werden“ bzw. „may be refused“ ist nicht dahingehend zu deuten, dass der Richter insoweit ein Ermessensspielraum eingeräumt wurde, bzw. Eingeräumt werden kann, vielmehr von der völkerrechtlichen Perspektive her zu verstehen*” (“Si se da una causa de denegación, la autoridad competente debe denegar el reconocimiento y la ejecución. El término “podrá” no significa que el juez tenga un cierto margen de discrecionalidad, sino que hay que entenderlo desde la perspectiva del Derecho internacional”). También resulta muy clara la opinión de un sector de la doctrina francesa, Ph. FOUCARD, “*La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine*”, *Rev.arb.*, 1997, pp. 344 y ss.: “*S’il est vrai que l’article V.1 exige que soient invoqués et établis les griefs de cette première liste, il n’a jamais été admis que le juge avait la faculté d’accorder l’exequatur alors même qu’un de ces griefs était établi, pour autant, évidemment, que la Convention*

33. Sin embargo, un sector de la doctrina ha recurrido al tenor literal del Artículo V del Convenio para afirmar su carácter facultativo o permisivo²⁰. Como acabamos de ver, el Artículo V del Convenio comienza diciendo “*Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución...*”. El empleo del término “podrá”, conforme a esta tesis, conlleva una remisión al poder de apreciación judicial, de tal modo que los jueces del Estado requerido pueden conceder el exequáтур, a pesar de que el laudo extranjero incurra en alguna de las causas de denegación previstas por el Artículo V, si lo consideran oportuno. Esto es, la concurrencia de una causa de denegación de las establecidas en el Artículo V sería motivo necesario pero no suficiente para denegar el exequáтур: pese a que el demandado haya probado la concurrencia de una de esas causas, el juez del Estado requerido debería practicar un “*juicio de oportunidad adicional*” para ver si la denegación es pertinente.

34. Conviene, a los efectos de este trabajo, analizar con calma este argumento ya que se ha utilizado con particular insistencia en relación precisamente a la causa prevista en el Artículo V.1 (e). El carácter facultativo el Artículo V, se ha dicho, permitiría conceder el exequáтур a laudos anulados o suspendidos en el Estado de origen, si el juez del Estado requerido lo considera oportuno²¹. En concreto, esta tesis ha sido acogida y desarrollada por la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa. Según este tribunal, debe partirse del principio de autonomía del arbitraje internacional y del efecto relativo de las sentencias de anulación. En el contexto del arbitraje internacional, la localización del arbitraje en un determinado Estado no concede ningún privilegio a la jurisdicción de ese Estado para decidir sobre la nulidad o eficacia del laudo. No se puede decir que los laudos queden sujetos o ligados al Estado de su sede. Cada jurisdicción es plenamente autónoma a la hora de aceptar o rechazar una decisión arbitral extranjera y cada jurisdicción practica su control sobre el laudo al margen de lo que hayan dicho otras jurisdicciones. Por eso, resulta perfectamente posible otorgar exequáтур en Francia a un laudo extranjero pese a que haya sido anulado o suspendido en su Estado de origen²². Esta misma idea ha sido sostenida puntualmente por algún otro tribunal.

2. La inviabilidad de esta tesis bajo Derecho español

35. Esta concepción, sin embargo, es inaceptable bajo el Derecho español²³.

36. En primer lugar, ninguno de los criterios hermenéuticos previstos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Arts. 31-33) conduce a entender que el Artículo V del Convenio

de New York fût applicable et ne s'effacât devant un droit plus favorable” (“Si bien es cierto que el Artículo V.1 exige que las causas de denegación sean alegadas y probadas, nunca jamás ha sido admitido que el juez tenga la facultad de otorgar exequáтур cuando se da una de dichas causas siempre que sea aplicable el Convenio de Nueva York y no quede desplazado por un régimen más favorable). Y en nuestra doctrina, por lo que hace precisamente al Artículo V.1 (e), A. REMIRO BROTONS, “La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères”, *R. des C.*, t. 184, pp. 171 y ss., p. 235: “*Alléguée et prouvée par la personne contre laquelle on l'invoque, l'annulation ou la suspension de la sentence implique le rejet de l'exeqautur*” (“Alegada y probada por la persona contra la que se pide el exequáтур, la anulación o suspensión del laudo implica el rechazo de éste”).

²⁰ Por las razones que veremos más adelante, un sector de la doctrina francesa ha sido muy insistente en este extremo, *vid.*, recientemente, A. MOURRE, “À propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine: Où va-t-on après les arrêts *Termo Rio et Putrabali*?”, *Rev. arb.* 2008, pp. 263 y ss.; anteriormente, subrayando el carácter facultativo de la norma, J. PAULSSON, “May or Must under the New York Convention: An exercise in Syntax and Linguistic”, *Arb. Int.*, 1998, pp. 227 y ss.; G. PETROCHILOS, *loc. cit.*, pp. 300-304.

²¹ *Vid.*, por ejemplo, E. GAILLARD, “L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine”, *J.D.I.*, 1998, pp. 645 y ss.

²² El desarrollo más exhaustivo de esta visión del arbitraje internacional se encuentra en la sentencia de la Corte de Casación francesa de 29 de junio de 2007, asunto *Putrabali*, en *Rev. arb.*, 2007, pp. 507 yss.

²³ La doctrina ha rechazado la posibilidad de acoger las tesis francesas bajo nuestro Derecho positivo, *vid.*, por ejemplo, M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, p. 772; o M. GÓMEZ JENE, *loc. cit.*, p. 176. De hecho, como han reconocido los propios autores franceses, la posición de la Corte de Casación francesa es marginal en el Derecho comparado: “*Il faut... tirer le constat..., que la solution française est presque totalement isolée en droit comparé*” (“es necesario dejar constancia de que la solución francesa está casi totalmente aislada en el Derecho comparado”), A. MOURRE, *loc. cit.*, p. 266. Quienes se han manifestado a favor en España lo han hecho en términos desiderativos, F. MANTILLA, *loc. cit.*, p. 256; E.M. VÁZQUEZ, “Ejecución de laudos internacionales impugnados”, *Spain Arb. Rev.*, 3/2008, pp. 71 y ss.; o bajo el imperio de la Ley de Arbitraje anterior y con muchas precauciones, A. SABATER, *loc. cit.*, p. 109.

otorga a los jueces la posibilidad de llevar a cabo un “juicio de oportunidad adicional” a la concurrencia de una de las causas de denegación ahí previstas.

37. Es cierto que, cotejando las diferentes versiones auténticas (pese a que la versión francesa, “*la reconnaissance et l’execution des sentences ne seront refusées ... que si...*”, no es tan clara como la inglesa) y revisando la génesis del precepto, los estudios que se han llevado a cabo sobre la introducción del término “podrá” (*may* en inglés) en el Artículo V del Convenio parecen concluir que se hizo de forma consciente, frente a otras propuestas alternativas (como el término *shall*)²⁴. No obstante, ha sido imposible ir más allá. No se ha encontrado ninguna explicación sobre qué se escondía tras el mantenimiento de ese término. En cualquier caso, el adverbio “sólo” en la versión española y, más claramente, “*only if*” en la versión inglesa (*Recognition and enforcement of the award may be refused, ..., only if...*) aproximan bastante los sentidos de ambas fórmulas (“*shall*” y “*may ... only if*”).

38. Pero los argumentos de mayor peso para rechazar esa interpretación son de carácter más sustantivo. Sostener que con el término “podrá” se quiso dar un margen de discrecionalidad a los jueces contravendría uno de los objetivos del Convenio: proporcionar certeza y seguridad jurídica. El Artículo V no dice nada sobre cuáles son los criterios que cada juez debe ponderar a la hora de practicar ese “juicio de oportunidad adicional”, esto es para decidir si, pese a manifestarse una de las causas de denegación ahí prevista, procede otorgar el exequáтур. Esto no sólo abre la puerta a las soluciones arbitrarias e impredecibles, sino que deja en manos de cada jurisdicción el aceptar o rechazar el laudo. Nos encontraríamos, así, ante decisiones contradictorias e incluso ante demandas de retorsión: en los Estados que han reconocido el laudo, el actor podría instar la ejecución, pero en el Estado que lo ha anulado –y en los Estados donde se haya reconocido la sentencia de anulación-, el demandado podría reclamarle por cobro de lo indebido. Las decisiones terminarían “bloqueándose” unas a otras. Es difícil imaginar que el Convenio de Nueva York haya querido llevarnos a este escenario tan absurdo.

39. Por lo que hace al objeto y fin del texto, el Convenio de Nueva York persigue favorecer el reconocimiento recíproco de laudos arbitrales extranjeros. Pero, naturalmente, no a cualquier precio. Ese *favor recognitionis* se manifiesta en la distribución de la carga de la prueba: corresponde a la parte que se opone al exequáтур alegar y probar que se da alguna de las causas establecidas en el Artículo V.1 del Convenio. Pero si esta parte satisface el estándar probatorio, y demuestra, por ejemplo, que la cláusula arbitral era nula o que el laudo ha sido suspendido en el Estado de origen, no tiene mucho sentido pensar que el juez *pueda* acoger o no esta alegación y que, pese a esa prueba, goce de cierta discrecionalidad para otorgar el exequáтур. Hay cierta inconsistencia axiológica entre imponer la carga de la prueba al demandado, por un lado, pero dejar a la discrecionalidad judicial la última palabra, por otro. Como en cualquier otro ámbito del ordenamiento, si el demandado prueba que se da una de las causas de denegación del exequáтур, tiene un auténtico derecho a que se rechace.

40. En realidad, el empleo del término “podrá” sólo se explica acudiendo al criterio sistemático (Art. 31.2 de la Convención de Viena). El término “podrá” que emplea el Artículo V cobra sentido cuando se pone en relación con el Artículo VII del Convenio, esto es, en el contexto del principio de mayor favorabilidad que proclama este precepto. Los destinatarios directos de ese “podrá” no son los jueces del Estado requerido, sino los Estados parte del Convenio: no es que mediante el empleo de ese verbo se esté habilitando a los jueces para practicar un “juicio de oportunidad adicional” a la concurrencia de una causa de denegación, sino que se dirige a los Estados parte del Convenio en la medida en que pueden restringir o eliminar alguna de las causas de denegación previstas por el Convenio a través de otros convenios o de su ley interna, tal y como prevé el Artículo VII²⁵. Es muy significativo que

²⁴ J. PAULSSON, *loc.cit.*, pp. 227 y ss.; G. PETROCHILOS, *loc.cit.*, pp. 300-301.

²⁵ Esta es la interpretación del término “podrá” en el Artículo V del Convenio dominante en la doctrina, *vid.* J. VAN DER BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, 2º ed., 1996, p. 81; G. PETROCHILOS, *loc.cit.*, pp. 320-330; E. GAILLARD, *loc.cit.*, p. 663; A. MOURRE, *loc.cit.*, p. 277; en la doctrina española, M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc.cit.*, p. 771. Es muy significativo que la Corte de Casación francesa ampare constantemente su concepción sobre la posibilidad de

cuando el Convenio de Nueva York ha querido dirigirse directamente a los jueces del Estado requerido concediéndoles cierto margen de discrecionalidad, lo ha hecho de forma clara y directa. Como hemos visto mas arriba, el Artículo VI prevé que, mientras la decisión sobre la anulación o suspensión del laudo está pendiente en el Estado de origen, “la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia...” (sin subrayado en el original). El contraste entre la redacción del Artículo V y del Artículo VI demuestra que la intención del legislador convencional no era la misma en uno y otro caso.

41. Por último, la lectura de la Ley de Arbitraje confirmaría también que el término “podrá” en esta sede no conlleva una habilitación para la oportunidad o discrecionalidad judicial. En efecto, el Artículo 41 LA establece que el laudo dictado en España “...sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe...” y, a continuación, recoge una serie de motivos de anulación: invalidez de la cláusula, extralimitación de los árbitros, etc. Es impensable que el empleo del término “podrá” en ese precepto conlleve que incluso cuando se da una de las causas de anulación ahí recogidas, el juez disponga de un cierto margen de discrecionalidad para anular el laudo o no hacerlo.

3. Conclusión parcial

42. Como se deduce de las consideraciones precedentes, el empleo del término “podrá” en el Artículo V del Convenio de Nueva York no es una puerta abierta a la discreción judicial. El punto del que parte implícitamente ese precepto es si se da una de las causas de denegación recogidas en el Artículo V del Convenio debe rechazarse el exequártur. Lo que sucede, como ya sabemos, es que esta regla queda condicionada al principio de mayor favorabilidad del Artículo VII. Por ello, sólo cabe otorgar el exequártur a un laudo arbitral extranjero si pese a concurrir una de las causas de denegación previstas en el Artículo V la parte interesada puede beneficiarse del principio de mayor favorabilidad.

43. Por lo que afecta a este trabajo, la conclusión es que debe rechazarse el exequártur del laudo que haya sido anulado o cuyos efectos se hayan suspendidos por las autoridades del Estado de origen, salvo que resulte de aplicación el Convenio de Ginebra o algún otro convenio bilateral que contenga reglas más favorables a este respecto.

4. Otros posibles argumentos

44. Puntualmente se ha sugerido que en aplicación del principio de mayor favorabilidad se puede utilizar el Artículo 45 LA frente a laudos extranjeros en los casos en que se haya ejercitado una acción de anulación en el Estado de origen y hayan quedado suspendidos los efectos. Este precepto establece que la mera interposición de una acción de anulación ante los tribunales españoles frente a un laudo dictado en España no suspende su fuerza ejecutiva salvo que lo pida el ejecutado y ofrezca una caución suficiente para cubrir los posibles daños derivados de la suspensión. Aunque el precepto sólo contempla los laudos dictados en España, pues sólo en este caso cabe plantear la acción de anulación ante los tribunales españoles, algún autor ha sugerido que la referencia que hace el Artículo 1.2 de LA al título

reconocer laudos extranjeros anulados en el Estado de origen en el Artículo VII del Convenio, *vid.* el Rapport del Presidente de la Corte que acompaña a la sentencia de 29 de junio de 2007, donde expresamente se afirma que “*En application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958, une partie est fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étrangère*” (“En aplicación del Artículo VII del Convenio de Nueva York de 10 de enero de 1958, una parte puede prevalecerse de las normas del Derecho francés sobre arbitraje internacional, que no prevén la anulación del laudo en el país de origen como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero”). Por el contrario, M. GÓMEZ JENE, *loc. cit.*, 2010, pp 112-113, es de la opinión de que, siendo el primer canon hermenéutico que establece el Convenio de Viena el literal y dado que del tenor literal del art. V se sigue que se otorga al juez la potestad de reconocer un laudo suspendido o anulado, el artículo V no obliga al juez a denegar el reconocimiento en esos casos. Esta conclusión se ve reafirmada, desde su punto de vista, por el objetivo del Convenio de Nueva York de favorecer el exequártur de laudos.

VIII (“*Las normas contenidas... en los títulos VIII y IX de esta Ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España*”) permitiría extender esa regla *vis à vis* laudos extranjeros²⁶.

45. Esta tesis, sin embargo, debe rechazarse. El Artículo 45 LA no está pensando tanto en el exequáutur cuanto en la ejecución forzosa del laudo. En realidad, lo único que la remisión del Artículo 1.2 LA quiere decir es que los laudos extranjeros se ejecutan en España igual que los laudos nacionales, pero, como es lógico, si previamente han obtenido el exequáutur. Por eso, la remisión que se hace en ese precepto abarca los títulos VIII y IX. El régimen del procedimiento de exequáutur se regula en este segundo, la ejecución forzosa de los laudos en el primero. Esto se confirma si recordamos lo que el legislador ha dicho en la Exposición de Motivos de la Ley y en el propio Artículo 46.2 LA (*supra* § 3): no debe buscarse un principio de mayor favorabilidad en la Ley interna, sólo cabe en relación a “otros convenios internacionales”. Aquella interpretación no hace sino circundar subrepticiamente esta voluntad legislativa.

46. Por último, y con afán de exhaustividad, puede ser oportuno llamar la atención sobre un argumento más. Bastantes autores, sin defender como regla general el carácter facultativo del Artículo V del Convenio, han ido algo más allá y, junto con el juego del principio de mayor favorabilidad amparado por el Artículo VII, entienden que cabe también otorgar exequáutur a laudos arbitrales anulados en el país de origen cuando la alegación de esta excepción sea (a) abusiva, (b) contradictoria con la doctrina de los actos propios, (c) o el motivo de la anulación fuese absolutamente incompatibles con el orden público del Estado requerido²⁷. En términos generales, esta tesis debe tomarse con muchas precauciones pues no es fácilmente compatible con la naturaleza meramente homologadora del trámite de exequáutur.

- (a) En primer lugar, cuesta mucho pensar que el recurso de anulación (o su invocación como causa de denegación en el Estado requerido) pueda ser abusivo, pues el derecho a los recursos previstos legalmente forma parte del sistema jurídico de referencia escogido por las partes en la cláusula arbitral. Quien acepta que la sede del arbitraje se localice en un determinado Estado, asume que la contraparte pueda utilizar los recursos allí disponibles. Y, en todo caso, si fuese abusivo, la sanción correspondería a los jueces del Estado de origen, no a los del Estado requerido.
- (b) También cuesta pensar que el demandado que invoca el Artículo V.1 (e) del Convenio venga contra sus propios actos, pues (i) o ha planteado él el recurso de nulidad, en cuyo caso nada hay de contradictorio en su comportamiento, (ii) o lo ha planteado la otra parte, en cuyo caso quien viene contra sus propios actos es ésta al pedir el exequáutur.
- (c) Más peso teórico tiene la referencia a las razones por las que se ha anulado o suspendido el laudo en el Estado de origen. Y podría pensarse, así, que cabe otorgar exequáutur a un laudo extranjero pese a haber sido anulado o suspendido en el Estado de origen cuando el motivo de la anulación o suspensión fuese incompatible con nuestros valores o principios constitucionales²⁸. Lo que resulta improcedente es que el juez del exequáutur entre a fiscalizar la procedencia o no de dichos motivos, pues, como hemos visto, ello vulneraría el Artículo V del Convenio. No cabe aquí un “juicio sobre el juicio de nulidad extranjero”.

V. Conclusiones finales

47. Las conclusiones que hemos ido alcanzando a lo largo de este trabajo pueden resumirse en tres ideas fundamentales:

En primer lugar, ante la solicitud de exequáutur de un laudo arbitral extranjero, el régimen normativo aplicable viene establecido por el Convenio de Nueva York de 1958. Este texto concurre con

²⁶ M. GOMÉZ JENE, *loc.cit.*, 2010, pp. 114-119; E.M. VÁZQUEZ, *loc.cit., passim*.

²⁷ Por ejemplo, J. VAN DER BERG, *loc.cit.*, p. 265; A. SABATER, *loc.cit.*, p. 86.

²⁸ Por ejemplo, este podría ser el caso del laudo anulado por unos tribunales en atención a la religión de uno de los árbitros, como se ha señalado en la nota 4.

el Convenio de Ginebra en los casos en los que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación material y espacial de este último. En estos casos cabe invocar el juego del principio de mayor favorabilidad.

En segundo lugar, entre las causas de denegación previstas en el Artículo V.1 del Convenio se encuentra el hecho de que el laudo arbitral haya sido anulado o suspendido por las autoridades del Estado de origen.

En el caso de los laudos anulados/suspendidos por los tribunales del Estado de origen la consecuencia al amparo de dicho precepto debe ser *la denegación del exequátor*. La posibilidad de suspensión que prevé el Artículo VI no puede utilizarse cuando ya hay una decisión de suspensión adoptada por las autoridades del Estado de origen.

En tercer lugar, tampoco puede invocarse que el término “podrá” del Artículo V deja cierto margen de discrecionalidad al juez del Estado requerido para otorgar el exequátor pese a que se haya verificado una de las causas de denegación ahí previstas. El término “podrá” tiene sentido bajo el juego del principio de mayor favorabilidad que prevé el Convenio. Por tanto, dicho principio solamente resulta aplicable cuando haya un régimen concurrente al del Convenio de Nueva York, *i.e.* en los casos en los que el Convenio de Ginebra (u otro convenio internacional) sea aplicable. La norma establecida en el artículo IX del Convenio de Ginebra no impide reconocer laudos anulados por motivos diferentes de los que ella misma prevé, *i.e.* no impide reconocer laudos anulados por razones de orden público o por la no arbitrabilidad de la materia, siempre que en España no existan razones de orden público para el no reconocimiento o la materia sea arbitrable.

EL CERTIORARI ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO AMERICANO: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

PETITION FOR WRIT OF CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: AN APPROACH FROM SPANISH LAW

DR. JAVIER GILSANZ USUNAGA

*Abogado Landwell-PwC
Profesor IE University (Madrid)*

Recibido: 26.10.2015 / Aceptado: 16.11.2015

Resumen: El presente artículo tiene por objeto el estudio de Derecho procesal civil comparado entre el recurso de *certiorari* estadounidense y el recurso de casación civil español. Este ejercicio comparativo se estructura mediante una sistemática que pretende abordar primero todos los aspectos procesales relevantes del *certiorari*, desde la preparación del escrito hasta la resolución del recurso por parte del Tribunal Supremo estadounidense. Posteriormente, se abordará de forma más sucinta los mismos aspectos procesales en relación con el recurso de casación civil español, poniendo de manifiesto las similitudes y diferencias que se presentan respecto a estos dos recursos. Finalmente, el trabajo termina con unas conclusiones sobre la comparación de estos medios de impugnación.

Palabras clave: *certiorari, writ, discrecionalidad, casación.*

Abstract: The purpose of this article is to study, from a civil comparative perspective, the certiorari in the United States and the civil Spanish cassation. This paper follows the methodology of stating, at first, every relevant litigation aspect of the certiorari, from the petition of the writ until the decision of the Supreme Court of the United States. Secondly, it points out, shortly, the same litigation aspects in connection with the Spanish civil cassation, indicating differences and similarities between the two appeals. Finally, the paper shows several conclusions regarding the comparison.

Keywords: *certiorari, writ, discretion, cassation.*

Sumario: I. El objeto de este estudio. II. Antecedentes, regulación legal y características. III. Partes y Legitimación. IV: Resoluciones recurribles. V. Fase de admisión. 1. Formalidades aplicables al letrado. 2. Plazo de interposición del recurso y forma. 3. Plazo de oposición al escrito de petición de certiorari e intervención de terceras partes. 4. La regla del Rule of Four y la admisión a trámite mediante el writ. 5. Criterios de admisión a trámite: la discrecionalidad como eje fundamental. VI. Fase de resolución del certiorari: presentación de escritos, celebración de vista, deliberación y fallo. 1. Presentación del escrito y escrito de oposición. 2. Celebración de vista, votación y fallo. 3. Efectos de la resolución del recurso. VII. Comparación entre el certiorari estadounidense y el recurso de casación civil español. 1. Regulación legal y naturaleza. 2. Motivos y resoluciones recurribles. 3. Las vías de acceso al recurso. 4. Causas de inadmisión. 5. Interposición y resolución del recurso. 6. Efectos de la resolución del recurso. VIII. Conclusiones.

I. El objeto de este estudio

1. El propósito de este artículo es analizar los aspectos más relevantes de la práctica procesal civil del recurso de *certiorari* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para después compararlos con los correspondientes a la práctica del recurso de casación civil ante el Tribunal Supremo español.

2. Este ejercicio comparativo pretende deducir las diferencias y las similitudes más sustanciales que se presentan en la práctica forense de un recurso de naturaleza similar entre un ordenamiento jurídico de la familia de la *common law* como el estadounidense con la de uno perteneciente a la familia de *civil law* como el español.

II. Antecedentes, regulación legal y características

3. El recurso de *certiorari* ante el Tribunal Supremo federal estadounidense es conocido como *petition for a writ of certiorari*, cuyos orígenes se remontan a una antigua expresión de *common law* que significaba aportar la documentación¹. Otra definición habitual para el *certiorari* es la resolución judicial emitida por un órgano judicial superior por la que se solicita a un órgano judicial inferior certificación de todo lo obrante en autos judiciales (*record*) para su revisión ulterior por el órgano superior a los efectos de resolver el recurso².

4. La creación del recurso de *certiorari* se remonta al *Judiciary Act* de 1891, pero no se convirtió en el medio más habitual de acceso al Tribunal Supremo de los Estados Unidos hasta la promulgación del *Judiciary Act* de 1925³. Posteriormente, mediante la reforma legislativa que operó en 1988 disminuyó notablemente el número de casos que llegaban al Tribunal Supremo para ser revisados por medio de la denominada vía obligatoria o *mandatory*⁴.

5. En este sentido, conviene señalar que, según dispone el artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo federal se configura como la última instancia judicial federal con competencias como tribunal de primera instancia (*original jurisdiction*) y como tribunal de apelación (*appellate jurisdiction*). No obstante, los casos que puede conocer como tribunal de primera instancia son muy limitados, pues se reducen a asuntos en los que intervienen embajadores, cónsules y otros cargos públicos⁵.

6. Las funciones del Tribunal Supremo como tribunal de apelación son dos: la denominada *mandatory* u obligatoria que anteriormente se ha mencionado y la denominada *discretionary* o apelación discrecional, también referida como *certiorari jurisdiction*. La apelación obligatoria (*mandatory*) apenas tiene lugar, pues se trata de recursos contra resoluciones que provienen directamente de los juzgados federales de distrito en casos muy determinados y que están expresamente establecidos en la legislación federal⁶.

7. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos está compuesto por nueve jueces, donde uno de ellos es el denominado *Chief Justice*, y es indiscutiblemente el órgano judicial de mayor relevancia en el ordenamiento jurídico estadounidense, cuyo funcionamiento según la doctrina del *stare decisis* (fuerza vinculante del precedente) convierte en referencia necesaria todas las decisiones del Tribunal Supremo⁷.

8. El recurso discrecional del *certiorari* ante el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos, (que es el que aquí ocupa) se encuentra regulado a nivel federal en el Capítulo 81 del Código Federal de

¹ Vid. G. HAZARD y M. TARUFFO, (traduc. F. GASCÓN INCHAUSTI) *La justicia civil en Estados Unidos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, cit. p. 207.

² Vid. J. LEVIN, “Certiorari, In General”, 14 Am. Jur. 2d Certiorari § 1, p.1 (westlaw internacional 2015).

³ Vid. S. BRENER, “Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An overview of the Social Science Studies”, Law Library Journal, Vol. 92, 2000, p. 193 y ss.

⁴ Vid. E. GRANT, S. HERDRICKSON, y M. LYNCH, “The Ideological Divide: Conflict and the Supreme Court’s Certiorari Decision”, Cleveland State Law Review, Vol. 60, 2012, p. 564.

⁵ Sobre la apelación obligatoria y discrecional vid. TM. FINE, *Introduction to the Anglo-American Legal System. U.S. Judicial System*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 41 y ss.

⁶ Vid. 28 U.S.C. 1254.

⁷ Sobre la eficacia “*erga omnes*” de las decisiones del Tribunal Supremo norteamericano, vid. F. HERRERO TEJEDOR, *La fuerza de vinculante de la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2006, p. 90.

los Estados Unidos, bajo el título de procesos judiciales, en sus epígrafes 1254 a 1257⁸, preceptos que, en otros aspectos, establecen la competencia del Tribunal Supremo para revisar sentencias emitidas por los tribunales federales de apelación y por los tribunales estatales de mayor instancia.

9. Por otra parte, las reglas del Tribunal Supremo federal (conocidas como *Rules of the Supreme Court*) regulan todos los aspectos procedimentales relativos a la fase de admisión y resolución del recurso, resultando una referencia necesaria para cualquier litigante que pretenda actuar ante el Tribunal Supremo⁹.

10. Estas reglas procedimentales decretadas por el Tribunal Supremo tienen fundamento en las facultades que le han sido conferidas por el Congreso Norteamericano para adoptar disposiciones que sean acatadas por tribunales inferiores y litigantes¹⁰.

11. El *certiorari* es un recurso devolutivo y de carácter extraordinario¹¹, cuya finalidad es resolver cuestiones de derecho y no cuestiones fácticas, pues raramente se discute sobre errores de hecho¹². Los motivos que se articulan en el recurso son infracciones de normas sustantivas, aunque es posible hacer valer en el recurso infracciones de normas procesales cuando la infracción presenta implicaciones constitucionales o vulneración de normas federales. Por ejemplo, en el asunto de *Daubert v. Dow Pharmaceuticals*¹³ el recurrente expuso como cuestión jurídica en el *certiorari* a resolver por el Tribunal Supremo si una doctrina establecida en un caso anterior vulneraba lo dispuesto en el art. 702 de las reglas federales de admisión de prueba en relación con la admisión de una prueba pericial.

12. Por otra parte, es necesario fijar la premisa de que no existe un derecho a recurrir como tal, sino que se trata más bien de un privilegio para los justiciables.

III. Partes y legitimación

13. Las partes legitimadas para interponer el recurso de *certiorari* son aquellas que han sido partes en el proceso sustanciado ante un tribunal de apelación¹⁴ y, en particular, aquellas partes que hayan visto desestimadas sus pretensiones, aunque es posible que la parte cuyas pretensiones fueron estimadas pueda estar legitimada para interponer el recurso¹⁵.

14. En este sentido, el Tribunal Supremo ha recordado en numerosas de sus resoluciones la excepcionalidad¹⁶ que supone el uso del *certiorari* por aquellas partes que han visto estimadas sus pretensiones, reduciéndola sólo a supuestos donde puedan sustentarse razones que acrediten un interés personal (*personal stake*) y que normalmente se concreta por un perjuicio o un daño para la parte¹⁷.

15. La parte que prepara el recurso es denominada peticionario (*petitioner*) y el resto de partes se denominan *respondents*, aunque existe también la posibilidad de que terceras partes intervengan en el

⁸ Vid. 28 U.S.C. 1254-1257.

⁹ En cuanto a la regulación del *certiorari*, vid. B. VAN ARSDALE y otros, “Appellate Procedure Before Supreme Court, Effect of statutes and rules”, FEDPROC 3:356, p. 1 y ss. (Westlaw internacional 2015).

¹⁰ 28 U. S. C. §2071.

¹¹ Vid. F. GOODNOW, “The Writ of Certiorari”, The Academy of Political Science, Vol. 6, No. 3, September, 1981, p. 503.

¹² Vid. Rule 10. “Considerations Governing Review on Certiorari”, U.S.Sup.Ct.Rule 10, 28 U.S.C.A. p. 1 (westlaw internacional 2015).

¹³ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁴ 28 U.S.C § 1254.

¹⁵ Vid. B. VAN ARSDALE y otros, “Appeal, Certiorari and Review, Persons who may petition for certiorari”, FEDPROC 3:352 (westlaw internacional 2015).

¹⁶ Vid. *Camreta v. Greene*, 131 S.Ct.2020, 179 L, Ed. 1118(2011).

¹⁷ Así lo sostienen muchas sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, vid. entre ellas, *Summers v. Earth Island Institute*, 555 U. S. 488 (2009) y *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U. S. 555 (1992).

recurso mediante la presentación de escritos en apoyo de la parte recurrida o la parte recurrente, como luego se explicará.

16. Como excepcionalidad, y en relación con las partes que inician la petición del recurso, se contempla el mecanismo denominado *certified question*¹⁸, que tiene lugar cuando un tribunal federal de apelación plantea una consulta sobre una cuestión jurídica al Tribunal Supremo federal. La cuestión planteada es fundamental a los efectos de que el tribunal federal de apelación pueda resolver la segunda instancia. Ante el planteamiento de la cuestión por el tribunal inferior, el Tribunal Supremo puede de oficio solicitar la elevación de todas las actuaciones para decidir la controversia en su totalidad¹⁹.

IV. Resoluciones recurribles

17. Las resoluciones judiciales frente a las que procede el recurso de *certiorari* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos son las sentencias definitivas dictadas por los tribunales federales de apelación y las sentencias dictadas por los tribunales estatales cuando concurren, en ambos casos, una serie de requisitos.

18. No obstante, que la sentencia recurrida sea definitiva no es un requisito previo para el acceso al recurso ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pues sólo opera frente a las sentencias dictadas por tribunales estatales²⁰, pero no frente a las sentencias emitidas por los tribunales federales de apelación. Este matiz se concreta en la excepción contemplada en la regla 11 de las *Supreme Court Rules*, que permite al Tribunal Supremo revisar un asunto pendiente de resolución por parte de un tribunal federal de apelación cuando concurren circunstancias de orden público que justifiquen la desviación normal de la práctica habitual.

19. El plazo para poder solicitar la petición del *certiorari* en estos supuestos excepcionales concluye en el momento en que el tribunal federal de apelación dicte sentencia²¹. Esta excepcionalidad se revela en las inadmisiones del Tribunal Supremo ante solicitudes de este tipo como puede ser el caso de *Virginia Military Institute*²², donde se inadmite a trámite el recurso de *certiorari* alegando que lo habitual y más deseable es esperar a que el asunto sea resuelto por el tribunal federal de apelación para que pueda ser revisado luego por el Alto Tribunal.

20. Algunos asuntos donde se han admitido a trámite el recurso de *certiorari* estando pendiente por resolver el recurso de apelación por parte del tribunal federal de apelación son el de *United States v. United Mine Workers* y *United States v. Nixon*, entre otros²³, aunque se trata de supuestos absolutamente excepcionales.

V. Fase de admisión del *certiorari*

1. Formalidades aplicables al letrado

21. El abogado que pretenda presentar un recurso ante el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos debe acreditar con carácter previo a su interposición el cumplimiento de una serie de observancias for-

¹⁸ Este mecanismo procesal es similar a la cuestión prejudicial previa al Tribunal Supremo que se proyecta en los arts. 33 y siguientes del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 3 de abril de 2014.

¹⁹ Vid.S.C.R.19.

²⁰ Vid. *Cox Braodcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1993).

²¹ Vid. 28. U.S.C.A § 2101 (e).

²² Vid. *Virginia Military Institute v. United States*, 508 U.S. 946 (1993).

²³ Vid. *Dames & Moore v. Regan* Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981) y *Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipe Line Co.* 458 U.S. 50 (1982) y *United States v. Booker* 543 U.S. 220 (2005).

males tendentes a probar su valía como abogado procesalista, así como su buena conducta profesional. Todas estas formalidades se encuentran reguladas de la regla 5 a la regla 9 de las *Rules of the Supreme Court*²⁴.

22. En primer lugar, y en relación con la experiencia procesal del letrado, éste debe obtener la autorización para poder actuar ante el Tribunal Supremo, referida con el término *admission to the bar*²⁵. A su vez, para poder conseguir esta autorización debe acreditar haber sido admitido previamente para actuar ante el tribunal de mayor instancia de un Estado en los tres años previos a la fecha de interposición del recurso ante el Tribunal Supremo.

23. En segundo lugar, y en relación con la conducta profesional del letrado, se debe acreditar una buena conducta moral y profesional, mediante la presentación de un certificado expedido por el tribunal de mayor instancia de un Estado que evidencie la buena conducta del letrado. Asimismo, se deberá presentar una manifestación escrita del propio letrado en el formato aprobado por el Tribunal Supremo, así como las manifestaciones de otros dos profesionales que deben haber sido admitidos para ejercer ante el Alto Tribunal, denominados *sponsors*, acreditando la buena conducta moral y profesional del letrado.

24. Como última formalidad, el letrado que pretende actuar ante el Tribunal Supremo debe realizar un juramento²⁶, y posteriormente el funcionario correspondiente (*clerk*) emitirá, y notificará, un certificado de admisión del letrado solicitante para actuar ante el Supremo.

25. Excepcionalmente, existe la posibilidad para el letrado que no pueda cumplir con el requisito de experiencia procesal previa de tres años ante la máxima instancia judicial de un Estado, pero que sí pueda cumplir con el resto de formalidades, de solicitar su intervención bajo el sistema denominado *pro hac vice*, que permite la actuación de un letrado para una sola ocasión.

2. Plazo de interposición del recurso y forma

26. El plazo para presentar el escrito de petición de *certiorari* ante el Tribunal Supremo federal es de novena días²⁷ desde el momento referenciado como *entry of the judgment*, que no es la fecha de emisión de la resolución, sino el día en que la resolución se archiva en el registro judicial de sentencias²⁸.

27. La interposición extemporánea de la petición supone su inadmisión a trámite como regla general²⁹, pues sólo cabe como excepción obtener una ampliación del plazo inicial que no podrá exceder de sesenta días, siempre y cuando se acredite una causa justificada por el recurrente.³⁰.

28. Como cuestiones más formales, indicar que la primera hoja del escrito es una portada donde se incluyen distintos datos: (i) encabezamiento dirigido al Tribunal Supremo de los Estados Unidos como órgano judicial que resolverá el recurso y mención al órgano judicial emisor de la resolución judicial recurrida; (ii) identificación de las partes; (iii) mención al tipo de escrito que se presenta (en este

²⁴ Como hemos señalado, las RSC son de obligado conocimiento para los litigantes que pretendan presentar un recurso ante el Tribunal Supremo a fin de cumplir con la técnica procesal compleja que requiere. En este sentido, vid. E. LEAHY, "The 10 Commandments of Certiorari", ABA Journal, The Lawyer's Magazine, Vol. 71, 1985, p. 79.

²⁵ Vid. R.S.C.5.

²⁶ Vid. S.C.R.5.4. El juramento es: "I....., do solemnly swear (or affirm) that as an attorney and as a counselor of this Court, I will conduct myself uprightly and according to law, and that I will support the Constitution of the United States."

²⁷ Vid. S.C.R. 13.1. y 28 U.S. Code § 2101.

²⁸ En relación con los actos de comunicación judicial en el Derecho procesal estadounidense, son las propias partes las encargadas de notificarse los escritos, comunicación que puede producirse por correo certificado, mensajero u otros medios profesionales que dejen constancia de la fecha de su envío. Vid. SCR. 29.

²⁹ Vid. R. ECLAVEA, y L. MARTIN y otros, "Appellate Review, Procedure for obtaining Review, Certiorari", AMJUR APPELLATE § 342, p. 1 y ss (westlaw internacional 2015).

³⁰ El escrito debe presentarse diez días antes del vencimiento del recurso y es resuelto por uno de los magistrados. Vid. S.C.R.13.5.

caso *petition for writ of certiorari*); (iv) señalar el número de autos; (v) y el letrado que ejercerá la dirección letrada, su dirección y datos de contacto, previamente a su admisión en los términos expuestos. El abogado pasará a ser considerado el *counsel of record* a los efectos de notificaciones.

29. El recurso debe tener un contenido específico y en un orden establecido³¹, indicando, en primer lugar, las cuestiones jurídicas que se plantean en el asunto y cuya revisión se solicita por parte del Tribunal Supremo. La exposición de estas cuestiones debe ser concisa y sólo aquellas deducidas por el recurrente serán tomadas en consideración. El planteamiento de estas cuestiones jurídicas en el recurso se considera la parte más relevante del escrito³². Se señala la conveniencia de escoger una o dos cuestiones con precisión y no perderse en múltiples cuestiones que puedan ser poco claras³³.

30. Adicionalmente a las menciones anteriores, el recurso debe contener los siguientes extremos: (i) indicación de las partes del proceso; (ii) datos de la resolución que se recurre; (iii) competencia del Tribunal para conocer del recurso; (iv) las normas aplicables para resolver la controversia; (v) una exposición sucinta del caso, identificando los hechos relevantes para la resolución del recurso.

31. En particular, si la resolución recurrida es una sentencia dictada por un tribunal estatal se deberá especificar todas las circunstancias (como, por ejemplo, el momento procesal en el que se presentó por las partes), cómo se trató la cuestión de naturaleza federal por los juzgados estatales en ambas instancias. Además, si la resolución recurrida es una sentencia dictada por un tribunal federal de apelación se deberá realizar una breve exposición de la competencia de los juzgados en primera instancia para conocer del asunto. Además, una exposición sucinta y clara de los motivos por los que el recurso debería ser admitido a trámite, sin que el escrito pueda exceder de nueve mil palabras o de cuarenta páginas³⁴.

32. La formalidad de limitar la extensión del escrito surgió como medida de mejora por el aumento de carga de trabajo en el Tribunal Supremo a partir de 1980, causado por el incremento anual del número de recursos de *certiorari*. Así, las estadísticas revelan que frente a los 1.181 recursos presentados en el año 1950, en el año 1980 se presentaron 4.000 recursos. En la actualidad lo habitual es que se presenten 8.000 al año³⁵. Por último, deben abonarse las tasas y aranceles necesarios³⁶.

33. Si el recurrente no cumple con los requisitos de exponer con claridad y brevedad respecto de todas las cuestiones que conformen los motivos que se plantean en el recurso será inadmitido a trámite. No obstante, es posible también que si el *clerk* considera que el escrito de petición del recurso, presentando en plazo y con buena fe, presenta algún defecto se devuelva el escrito al recurrente para que subsane en un plazo determinado³⁷.

34. Es importante señalar que la interposición de la petición del *certiorari* no supone la suspensión de una eventual ejecución de la sentencia recurrida, pues la suspensión de la ejecución debe

³¹ Vid. S.C.R. 14.

³² Vid. L.S. NELSON, "Getting your foot in the door: The petition for Certiorari", Public Citizen Litigation Group, Washington, p. 1 y ss.

³³ Vid. R. RANDOLPH, "Certiorari Petitions in the Supreme Court", *American Bar Association*, Vol. 4, No. 2, APPELLATE ADVOCACY, 1978, p. 23.

³⁴ Vid. S.C.R. 33.

³⁵ Vid. E. GRANT, S. HERDRICKSON, y M. LYNCH, "The Ideological Divide: Conflict and the Supreme Court's Certiorari Decision" op. cit. p. 2.

³⁶ En este sentido, es posible presentar la solicitud de *certiorari de forma pauperis* lo que significa que en determinados supuestos se permite esta presentación sin tener que acreditar el abono de las tasas correspondientes. En la regla 38 de las S.C.R se recogen las cantidades a abonar por el recurrente: (i) 300 \$ por registrar en el Tribunal Supremo la presentación del recurso; y (ii) otras cantidades desde los 50 \$ a los 35 \$ por, entre otras cuestiones, una solicitud de certificación de un cierto documento.

³⁷ Vid. SC.R.14.5.

solicitarse expresamente ante el tribunal que ha dictado la sentencia justificando la causa que sustenta la petición³⁸.

35. En este sentido, se afirma que la decisión del tribunal inferior sobre la suspensión de los efectos de la sentencia recurrida, pendiente de resolverse el *certiorari*, responde a un criterio puramente discrecional.³⁹

36. Es también posible solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pero lo habitual es que se solicite al tribunal inferior⁴⁰. Además, es habitual que el solicitante tenga que prestar una caución como requisito previo a la suspensión solicitada.

3. Plazo de oposición al escrito de petición del certiorari y intervención de terceras partes

37. La parte recurrida podrá presentar un escrito de oposición (coloquialmente conocido como “*cert opp*”) frente al recurso de *certiorari*. Este escrito debe ser sucinto y conciso, sin que pueda exceder las limitaciones formales de páginas y palabras aplicables al recurrente en su escrito de petición.

38. Es habitual que en el escrito de oposición se razonen dos tipos de alegaciones con diferentes finalidades; por un lado, y de forma principal, las tendentes a solicitar la propia inadmisión del recurso por no concurrir las causas que justifiquen su revisión por parte del Tribunal Supremo. Es decir, este primer grupo de alegaciones se focaliza en posibles causas de inadmisión del recurso.

39. En este sentido, cabe señalar, entre otras, las siguientes causas de inadmisión del recurso: (i) que no se hayan respetado los hechos declarados probados por la sentencia de segunda instancia en el recurso; (ii) que no exista una vulneración de un precepto legal federal o conflictos de legislación federal según los términos expuestos en el recurso; (iii) que la cuestión jurídica que se plantea en el recurso es nueva; (iv) que el recurso ha sido presentado fuera de plazo; (v) que las cuestiones debatidas no tengan la trascendencia o la relevancia que justifiquen su revisión judicial; y (vi) que las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso no respondan a las que realmente se consideraron en la resolución del asunto.

40. Y, por otro lado, y de forma más secundaria, alegaciones de mera oposición a las cuestiones jurídicas presentadas en el recurso para defender los términos de la sentencia de segunda instancia a favor del recurrido.

41. El plazo de la parte contraria para presentar su escrito de oposición es de treinta días,⁴¹ desde que la petición del recurrente es registrada en el Tribunal Supremo, aunque este plazo puede ser prorrogable solicitando una ampliación del plazo justificada al *clerk* del Tribunal con traslado al letrado del recurrente. Finalmente, será el *clerk* el que decida sobre la solicitud de ampliación del plazo⁴².

42. Excepcionalmente, se contempla la posibilidad de interponer un segundo escrito de oposición de carácter complementario basado en la existencia de nuevas resoluciones judiciales, nueva legislación o alguna cuestión nueva que no estuviera disponible para la parte en el momento de presentación del primer escrito de oposición⁴³.

³⁸ Vid. D. CARD y otros, “United Supreme Court-Review of State Appellate Court Judgments”, 24 MOPRACT § 11.13 p. 1 y ss. (Westlaw international 2015).

³⁹ Vid. R. ECLAVEA y otros, “Stay of Mandate of Federal Court of Appeals”, 5 Am. Jur. 2d Appellate Review § 409, p. 1 y ss (westlaw internacional 2015).

⁴⁰ Vid. S.C.R. 23 (3) y la regla 41 (d) 2 (a) de las Reglas Federales de Apelación.

⁴¹ Vid. S.C.R.15.2.

⁴² Vid. SCR. 30.4 y R. HEINKE, “Opposing Certiorari in the United States Supreme Court”, the Metropolitan Corporate Counsel, August 2004, p. 23.

⁴³ Vid. S.C.R. 15.8.

43. El abogado del recurrente deberá notificar al abogado de la parte recurrida la fecha en que el asunto quedó registrado y, además, es habitual que en esa notificación se acompañe un modelo de renuncia⁴⁴ (*waiver form*) a formular el escrito de oposición al recurso, por si el abogado de la parte recurrida no tuviese intención de formular oposición y aceptase firmar esta instancia.

44. En términos de práctica procesal resulta habitual la estrategia de renuncia a presentar un escrito de oposición por dos motivos. En primer término, porque es una forma de acelerar el proceso de admisión del recurso por parte del Tribunal Supremo, circunstancia que puede resultar muy conveniente para el recurrido en supuestos de manifiesta falta de viabilidad del recurso.

45. En segundo término, porque las estadísticas de admisiones de este recurso llevadas a cabo en los Estados Unidos revelan que la presentación de un escrito de oposición resulta intrascendente a los efectos de su ulterior admisión⁴⁵. Dicho esto, conviene aclarar que la excepción a esta práctica procesal serán aquellos supuestos en los que se aprecia con claridad que el recurso aduce argumentos jurídicos sólidos, pues entonces sí conviene que en la fase de admisión ya obre en autos alegaciones de oposición para que sean tenidas en cuenta por los magistrados a la hora de decidir la admisión.

46. En cualquier caso, conviene aclarar que en los supuestos excepcionales en los que el Tribunal Supremo decide admitir a trámite un recurso, utiliza el trámite procesal coloquialmente conocido como “*call for response*”, mediante el que insta a la parte recurrida a que presente un escrito de oposición, incluso si hubiera renunciado previamente al mismo.⁴⁶

47. Por último, se debe destacar la posibilidad de que terceras partes puedan intervenir en esta fase procesal del recurso sin constituirse formalmente como parte, presentando escritos en apoyo de la parte recurrente o recurrida⁴⁷. Este mecanismo procesal se denomina “*amicus curiae briefs*” y permite a terceras partes plantear alguna cuestión relevante que no haya sido planteada por las partes del recurso hasta ese momento bajo la dirección letrada de un abogado que cumpla con los requisitos para actuar ante el Tribunal Supremo.

48. El escrito sólo puede ser presentado si las partes del recurso han dado su consentimiento a ello o, en caso contrario, si el Alto Tribunal lo autoriza. Normalmente, el plazo para interponer el escrito, en apoyo del recurrente, es de treinta días desde que el escrito del apelante ha quedado registrado en el Tribunal Supremo o desde que el Tribunal permita al interveniente presentarlo. Si el escrito es para apoyar a la parte recurrida el plazo de presentación será el mismo que tenga esta parte para presentar su escrito de oposición a la admisión del recurso.

49. La presentación de escritos “amigos” alineados con la tesis del recurrente suele ocurrir en asuntos de una gran trascendencia, como ocurrió en 1998, cuando se presentó por parte del Estado de Nuevo México una petición de *certiorari* ante el Tribunal Supremo en un caso donde, en términos generales, la controversia pivotaba en torno a la obligación de un Estado de respetar las solicitudes de extradición formuladas por otros estados, por lo que cuarenta estados presentaron escritos de apoyo al recurrente, por lo que fueron intervenientes en el recurso⁴⁸. Es también habitual que asociaciones y grupos sociales efectúen este tipo de intervención cuando se trata de cuestiones públicas de importancia o sensibles.

⁴⁴ El modelo de renuncia a presentar escrito de oposición al recurso se encuentra disponible en la página web del Tribunal Supremo, vid. www.supremecourt.gov/casehand/waiver.pdf (última visita Marzo 2015).

⁴⁵ Vid. S. NELSON, “Opposing Cert: A practitioner’s Guide”, Public Citizen Litigation Group, Washington, 2013, p. 3.

⁴⁶ Vid. L. EBNER y M. KINSEY-SMITH, “How to oppose a Cert Petition”, Appellate Advocacy, Agosto 2012, p. 65 y ss.

⁴⁷ Vid. S.C.R. 37.

⁴⁸ Vid. *New Mexico, ex rel Ortiz v. Reed*, 524 U.S. 151 (1998).

4. La regla del Rule of Four y la admisión a trámite mediante el writ

50. Al *clerk* del Tribunal Supremo que le haya sido asignado el recurso presentado (existen treinta y cinco *clerks* adscritos a este Tribunal), puede ser que conjuntamente con otro, elevará el recurso junto con el escrito de oposición para que los jueces del Tribunal Supremo decidan sobre la admisión del recurso. Este traslado de la documentación citada al Tribunal Supremo por parte del *clerk* deberá producirse en un plazo no inferior a los catorce días desde la interposición del escrito de oposición por el recurrido o desde la presentación de la renuncia a interponer el mismo.⁴⁹

51. En este sentido, se debe señalar que la figura del *Law Clerk* en la fase de admisión a trámite del recurso es relevante, pues normalmente uno o dos *clerks* revisan el recurso presentado y preparan un breve informe para el Tribunal Supremo, donde se resumirá la controversia y los motivos por lo que se recomienda su admisión o inadmisión a trámite⁵⁰. Así, se utiliza la expresión “*cert pool*” para hacer referencia al gabinete de *clerks* del Tribunal Supremo que elaboran los informes de cara a la decisión posterior sobre la admisión del recurso. Aunque cada *clerk* está asociado a un magistrado en particular del Tribunal Supremo, los asuntos son repartidos entre los miembros gabinete de forma indistinta a los efectos de elaborar sus informes⁵¹.

52. El Tribunal Supremo decide la admisión a trámite de las solicitudes de *certiorari* bajo la regla denominada “*Rule of Four*⁵²” que supone que cuatro de los nueve miembros del Tribunal voten a favor de la admisión del recurso y, por ende, de la emisión del *writ of certiorari*. Esta deliberación entre los magistrados en pleno tiene lugar normalmente los viernes de cada mes a puerta cerrada. La aplicación de la Regla de Cuatro supone que una minoría terminará decidiendo si la petición de *certiorari* es admitirá a trámite, lo que no comporta que el recurso sea posteriormente estimado.

53. En casos de inadmisión de la solicitud de *certiorari*, la resolución judicial que la acuerda (*writ*) no será motivada⁵³, limitándose a una mera comunicación a los letrados y al tribunal que había emitido la sentencia que se pretendía revisar ante el Tribunal Supremo.

54. Frente a la inadmisión de la petición no existe un recurso, aunque es posible solicitar una nueva revisión en un plazo de veinticinco días desde la notificación de la inadmisión a trámite⁵⁴, la resolución de esta solicitud de revisión no tendrá vista para las partes y será resuelta por mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. La práctica demuestra que estas solicitudes son claramente ineficaces, aunque en la práctica procesal es habitual que presente por los litigantes.

55. En caso de admisión de la solicitud, el *writ* de admisión se notificará a los letrados y al tribunal que había emitido la sentencia de segunda instancia, señalando las fechas para la presentación de los respectivos escritos de las partes y la vista oral. Es, por tanto, importante señalar que la admisión del recurso, como en los supuestos de inadmisión, no conlleva la emisión de una resolución judicial

⁴⁹ Vid. S.C.R.15.5.

⁵⁰ Sobre la importancia de los contenidos de los informes del *clerk* y la influencia positiva que su recomendación tiene sobre las posteriores admisiones decretadas por los magistrados del Tribunal Supremo, vid. S. BRENER, “Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An overview of the Social Science Studies”, Law Library Journal, Vol.92, Nº 2, pp.200-201.

⁵¹ En la entrevista concedida por Philippa Scarlett, *Clerk* asociada a los magistrados del Tribunal Supremo, Stephen G. Breyer y Ann C. Williams, se explica con detalle el funcionamiento del gabinete de apoyo a los magistrados, tanto en fase de admisión de los recursos con la preparación de los informes y sus recomendaciones, como en el fase de vista oral y decisión sobre la estimación del recurso. Vid. M. FRIEDMAN, *The U.S. Supreme Court, Equal Justice Under the law*, State Department’s Bureau of International Information Programs, 2013, Estados Unidos, p.17 y ss.

⁵² Vid. T. FINE, *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, the global law collection, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 103.

⁵³ Vid. E. TRACEY y M. SOLIMINE, “The Supreme Court Monitoring of the United States Courts of Appeals en Banc, Discretionary Review by the Supreme Court and the Courts of Appeals”, Supreme Court Economic Review, Vol. 9 (2001), p. 174.

⁵⁴ Vid. S.C.R. 44.

motivada que explique las bases de la admisión y tampoco después en fase de resolución del recurso se justifica su admisión.

56. En relación al señalamiento de vista oral ante el Tribunal Supremo Federal indicar que siempre tienen lugar entre los meses de octubre y abril, en las dos primeras semanas de cada mes, de lunes a miércoles. Normalmente, se señala dos vistas al día⁵⁵.

5. Criterios de admisión a trámite: la discrecionalidad como eje fundamental

57. En primer término, se debe establecer la premisa fundamental de que la admisión de una solicitud de *certiorari* por parte el Tribunal Supremo en los Estados Unidos responde a un criterio puramente discrecional⁵⁶, lo que siempre ha alimentado el debate de conciliar esta discrecionalidad con la obligación de los órganos judiciales de resolver las controversias que se les presenta en el marco constitucional estadounidense⁵⁷.

58. Esta facultad discrecional en la admisión de estas solicitudes no sólo se contempla en normas escritas⁵⁸, sino que también ha sido confirmada por innumerables sentencias del propio Tribunal Supremo que refuerzan esta discrecionalidad⁵⁹.

59. Sin perjuicio del criterio discrecional que gobierna las admisiones de *certiorari*, existen unos criterios orientativos de admisión que se encuentran regulados en la regla 10 de las *Rules of the Supreme Court of the United States*, que deben ser tenidos en consideración. Estos criterios son los siguientes⁶⁰:

- (i) Cuando un tribunal federal de apelación ha dictado una resolución judicial contradictoria con otra resolución de otro tribunal federal de apelación en cuestiones relevantes comunes⁶¹.
- (ii) Cuando un tribunal federal de apelación ha dictado una resolución judicial que decida una cuestión en materia federal que entre en conflicto con otra resolución de un tribunal estatal de apelación.
- (iii) Cuando un tribunal estatal de última instancia ha dictado una resolución que decida una cuestión en materia de legislación federal que contradiga una resolución adoptada por otro tribunal estatal de última instancia o de un tribunal federal de apelación.
- (i) Cuando un tribunal estatal o un tribunal federal de apelación ha dictado una resolución que decide una cuestión relevante en materia de legislación federal sobre la que no existe

⁵⁵ En la página web del Tribunal Supremo federal se encuentra disponible una Guía para Abogados en casos de intervenciones en vistas donde se recogen multitud de detalles a tener en consideración. <http://www.supremecourt.gov/casehand/casehand.aspx> (última visita Mayo 2015).

⁵⁶ En este sentido, se señala que: “*a review on writ of certiorari is not a matter of right but of judicial discretion and will be granted only for compelling reasons*”. Vid. A. WRIGHT y A. MILLER, “Appellate Procedure before Supreme Court. Certiorari Proceedings. Factors Governing Grant or Denial of Certiorari.” 2A. Fed. Prac.Proc., L.Ed.Civ.2d § 3:394, p.1 (westlaw internacional 2015).

⁵⁷ Respecto al debate sobre los límites de la discrecionalidad del Tribunal Supremo, vid. E. HARTNETT, “Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges’ Bill, Law or Will?”, *Columbia Law Review*, vol. 100, no. 7 (Nov., 2000), p. 1718 y ss.

⁵⁸ En el asunto de *Clements v. González*, 129 S.Ct.1632, 556 U.S. 1148, 173 L.Ed.2d 1030 (1995) se ratificó la constitucionalidad de la Reglas del Tribunal Supremo en lo referente al establecimiento de la discrecionalidad como forma de admisión del *certiorari*.

⁵⁹ Vid. *Durham v. U.S.*, donde se distingue: “*appeals are a matter of right while Supreme Court’s certiorari decisions are wholly discretionary*” y *Braxton v. U.S.*, Or.1971, 91 S.Ct.858, 401.U.S.481, 28 L.E.d.2d200 (1923), donde se señala que “*the principal purpose for which United States Supreme Court uses certiorari jurisdiction is to resolve conflicts among Circuits Courts of Appeals and state courts concerning meaning of provision of federal law*”.

⁶⁰ Sobre estos factores de admisión, vid. J. NIEVA-FENOLL, “*El modelo anglosajón en las cortes supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación?*”, *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, año 2011, núm. 3-4. Pág. 370 y 371.

⁶¹ Vid. *Bingler v. Johnson*, Pa.1969, 89 S.Ct, 1439,394 U.S. 741, 22.L.Ed.2d 695 (1969), un asunto donde la controversia se circunscribía al ámbito de aplicación de una norma federal con dos posiciones confrontadas de tribunales federales de apelación e cuanto a su interpretación.

doctrina establecida por el Tribunal Supremo Federal; o decide una cuestión relevante en materia federal en contradicción con decisiones existentes del Tribunal Supremo Federal⁶².

60. Como factores concurrentes en muchas de las admisiones a trámite de los recursos se señalan dos: que el gobierno federal sea parte y que se presenta un conflicto en la aplicación de un precepto de legislación federal por tribunales federales de apelación.

61. Además, se aducen otros factores (no técnicos) influyentes en las admisiones a trámite del *certiorari* como: (i) la influencia del *Law Clerk*; (ii) la presión ejercida por ciertos grupos sociales o de interés; (iii) la denominada *cue theory* (conurrencia de una serie de elementos como la presencia del gobierno federal como parte, factores económicos e implicaciones con derechos civiles); (iv) la solicitud de partes intervenientes apoyando la petición del recurrente (v) la demanda social ante un determinado problema; y (vi) la novedad de la cuestión planteada⁶³. Por último, también se ha señalado que el instrumento procesal del *certiorari* ha transformado al Tribunal Supremo de los Estados Unidos en un Tribunal Constitucional en atención a que la mayoría de los recursos que admite implican cuestiones constitucionales⁶⁴.

62. Como antes se ha anticipado, es posible afirmar que cada año el Tribunal Supremo federal de Estados Unidos recibe alrededor de 8.000 solicitudes de *certiorari* de las que sólo se admiten a trámite menos de 100 al año, datos que, sin duda, ponen de relieve no sólo la discrecionalidad, sino la excepcionalidad de su admisión⁶⁵. En cualquier caso, la admisión a trámite del recurso si mejora claramente las estadísticas en torno a la posterior estimación del mismo⁶⁶.

VI. Fase de resolución del certiorari: presentación de escritos, celebración de vista, deliberación y fallo

1. Presentación de recurso y escrito de oposición

63. Una vez emitido la resolución de admisión a trámite del recurso por medio del *writ of certiorari*, el recurrente dispone de un plazo determinado para interponer el escrito denominado *brief on the merits*⁶⁷. Así pues, a menos que el *writ* de admisión establezca un plazo inferior, la parte dispone de un plazo de cuarenta y cinco días para interponer su escrito⁶⁸.

64. Como ocurre con el contenido del escrito inicial previo a la admisión a trámite, el recurso deberá tener un contenido y orden de exposición específico que, al igual que el escrito de petición del *writ*, tendrá un límite de extensión, sólo que en este caso el límite es mayor al permitirse hasta quince mil palabras⁶⁹. El contenido del escrito de interposición es el siguiente:

⁶² En el asunto de *Wilkinson v. U.S.*, Ga.1961,81 S.Ct.1025, 365 U.S. 890, 6 L.Ed.2d 741 (1979), el Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de *certiorari* en un asunto en que se alegó que la resolución recurrida vulneraba la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión debatida en segunda instancia ante el tribunal federal de apelación.

⁶³ Vid. *Kossick v. United Fruit Co.*, 81 S.C.t.886, 365 U.S. 731, 6 L.Ed.2D.56. (1961).

⁶⁴ Vid. F. FERNÁNDEZ, “La búsqueda de una tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional”, (*ID vLex: 509544434*), cit. p.979.

⁶⁵ Vid. TM. FINE, *Introduction to the Anglo-American Legal System. U.S. Judicial System*, op. cit. p. 41.

⁶⁶ Vid. W. REHNQUIST, *The Supreme Court, Certioraris: picking the cases to be decided*, Vintage Books, Estados Unidos, 2001, p. 224.

⁶⁷ Se señala que la técnica de redacción en esta fase del recurso a la hora de preparar estos escritos es similar a la técnica que se utiliza en los recursos de apelación ante los tribunales federales de apelación. Vid. *Supreme Court Practice*, Ninth Edition, the Bureau of National Affairs, Inc, Ailington, 2007.

⁶⁸ Vid. S.C.R 25.1.

⁶⁹ Vid. S.C.R 33.1(G)

- Tras la portada del recurso con los mismos requisitos mencionados para la petición del *writ*, se razonan las cuestiones jurídicas cuya revisión y resolución se solicitan. Normalmente, la exposición de estas cuestiones puede ser igual al realizado en la petición inicial⁷⁰.
- Identificación de las partes del recurso.
- Cita de todas las resoluciones judiciales que se presentan en el asunto.
- Breve justificación de la competencia del tribunal para conocer del recurso.
- Las normas o preceptos jurídicos necesarios para resolver el caso.
- Exposición y presentación fáctica del asunto (normalmente conocida como *statement of facts*)⁷¹.
- Exposición de los argumentos del recurrente, relacionando hechos con los preceptos jurídicos pertinentes.
- Conclusión contenida en el final del escrito.

65. La parte recurrida tendrá un plazo de treinta días desde la presentación del escrito del recurrente para presentar un escrito de oposición, presentando también cuarenta copias en el Tribunal⁷² y con un límite de extensión de nueve mil palabras.

66. Despues de esta primera ronda de escritos, el apelante tendrá la posibilidad de contestar al escrito de oposición de la otra parte en un plazo de treinta días desde la presentación de dicho escrito en el Tribunal. Además, cualquier de las dos partes podrá presentar un escrito suplementario con cuestiones nuevas que no existían a la fecha de presentación del último escrito.

67. En este momento procesal las partes pueden también presentar sus escritos de “*amicus curiae briefs*” cumpliendo con los requisitos establecidos anteriormente para los mismos escritos que pueden presentarse en la fase previa de admisión del recurso⁷³, en particular, la exigencia del que el letrado esté admitido para actuar ante el tribunal y la necesidad de presentar el consentimiento de las partes del recurso respecto a la intervención del tercero.

68. En esta fase de resolución del recurso los intervenientes pueden presentar sus escritos siete días después de la presentación de los escritos de apelante y apelado según se apoye a uno u otro.

2. Celebración de vista, votación y fallo

69. El desarrollo de una vista en el Tribunal Supremo federal requiere de preparación para los abogados que pretenden actuar y, para ello, cuentan con la Guía para Abogados redactada por los *clerks* del Tribunal Supremo, cuya finalidad sustancial es servir de referencia para aquellos letrados que actúan por primera vez ante el Tribunal Supremo⁷⁴.

70. La guía ofrece todo tipo de información útil para afrontar la vista con la mejor preparación, desde los detalles de cómo acceder a las dependencias del Tribunal hasta donde deben sentarse los abogados. El *clerk* estará a disposición del letrado que va a actuar para responder cualquier pregunta sobre el desarrollo de la vista. El mismo día que tiene lugar la vista se cuelgan en la página web de Tribunal Supremo las transcripciones de la vista, y cualquier persona puede acceder al documento y conocer cómo discurrió el acto.

⁷⁰ Si no se reitera alguna de las cuestiones planteadas en la petición del recurso se considerará que el recurrente ha renunciado a las mismas. En este sentido, vid. *Russell v. United States*, 369 U.S.749, 754 N.7 (1962) y *United States v. International Business Machines Corp.*, 5117 U.S.843, 855 n.3 (1996).

⁷¹ Esta parte del recurso es consideraba por abogados y jueces como la más importante del escrito, vid. A. TATE, “The Art of Brief Writing: What a Judge Wants to Read”, 4 LITIGATION 11, pág. 14, (N. 2, 1978).

⁷² Vid. S.C.R 25.2.

⁷³ Vid. S.C.R. 37 (a) y (b).

⁷⁴ Disponible en la página web del Tribunal Supremo, vid. <http://www.supremecourt.gov/casehand/casehand.aspx> (última visita en Marzo de 2015).

71. La vista comienza una vez se nombra al letrado del recurrente, el cual debe empezar su intervención oral, el formalismo a la hora de dirigirse a los magistrados del Tribunal será el de mencionar al presidente y al Tribunal (*Mr. Chief Justice and may it please the court...*) o cuando el letrado se dirige a un magistrado directamente debe utilizar el formulismo “*Your Honor*”.

72. La finalidad de la vista no es que los abogados repitan los argumentos de sus escritos, sino que sean capaces de sintetizar las cuestiones claves dentro de los propios motivos del recurso como culminación de un proceso de exposición argumental preciso que comienza con el escrito inicial de petición del *writ*. Aunque es habitual que los abogados procesalistas norteamericanos intenten persuadir a los miembros del jurado mediante una exposición de hechos con una carga emocional, el discurso ante el Tribunal Supremo es radicalmente distinto, pues el abogado debe ceñirse exclusivamente a las cuestiones jurídicas relevantes.

73. El tiempo establecido para la intervención de cada uno de los letrados (sólo podrá intervenir oralmente un abogado por cada parte) de las partes es de 30 minutos⁷⁵, aunque pueden utilizar menos tiempo. Además, es habitual que los magistrados del Tribunal Supremo formulen preguntas a los letrados sobre el asunto⁷⁶ y es clave que estos conozcan en detalle el denominado *record* del caso, que son todos los documentos e información del *dossier* judicial generado por el recurso. El *Marshal* avisará al letrado (se utiliza una luz blanca y una luz roja de advertencia) cuando su intervención se está acabando para que éste termine y a continuación tome asiento.

74. Tras la celebración de la vista oral, los magistrados se reunirán para deliberar y votar su decisión sobre el recurso del *certiorari*. Uno de los magistrados será elegido para redactar la opinión mayoritaria de los miembros del Tribunal Supremo. Lo habitual es que dentro del mismo año en que tuvo lugar la vista se resuelva el caso, en concreto, antes del mes de junio.

75. La resolución del recurso se concreta, por tanto, en, primero, comunicación por correo electrónico a los abogados de las partes de la opinión mayoritaria de los magistrados y, segundo, 25 días después el *clerk* emitirá la sentencia.

3. Efectos de la resolución del recurso

76. La desestimación del recurso de *certiorari* o su inadmisión a trámite supondrá que la resolución judicial frente a la que se pretendía interponer el recurso cobrará firmeza. La estimación del recurso supondrá que el Tribunal Supremo anule o revoque la sentencia recurrida, siendo posible que reenvíe la misma al tribunal inferior para que vuelva a dictar sentencia teniendo en consideración los términos decididos por el Tribunal Supremo.

77. El *clerk* que corresponda del Tribunal Supremo remitirá al *clerk* del tribunal federal de apelación copia de opinión y copia certificada de la sentencia del Alto Tribunal. La propia certificación especificará las costas judiciales que tendrían que asumir la parte cuyas pretensiones no se han visto acogidas en el recurso de *certiorari*⁷⁷. Llegado el caso, si el Tribunal Supremo considera que el recurso de *certiorari* ha sido temerario podría incluso condenar por daños a la parte o incluso doblar el importe de las costas⁷⁸.

⁷⁵ Vid.S.C.R 28.

⁷⁶ Se señala la transcripción de la vista de varios asuntos como ejemplos de brillantes intervenciones orales de abogados. Entre ellos, vid. *United States v. Flores-Montano*, 541 U.S. 149 (2004) y *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 658 (1993).

⁷⁷ Vid. S.C.R 43.

⁷⁸ Vid. SCR.42 (2).

VII. Comparación entre el *certiorari* estadounidense y el recurso de casación civil español

78. A fin de apreciar las posibles semejanzas y diferencias existentes entre el *certiorari* perteneciente a un ordenamiento jurídico de la familia del *common law* como el estadounidense con el recurso de casación perteneciente a un ordenamiento jurídico de la familia del *civil law* como el español, conviene comenzar este ejercicio comparativo desde las premisas más básicas que configuran estos medios de impugnación de resoluciones judiciales⁷⁹.

1. Regulación legal y naturaleza

79. El recurso de casación en el Derecho procesal civil español encuentra su regulación legal en los artículos 477 a 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo también fundamental el Acuerdo de fecha 30 de diciembre de 2011, sobre Criterios de Admisión de los recursos, adoptado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁸⁰.

80. La sistemática en la regulación del *certiorari* en el Derecho procesal civil estadounidense encuentra su regulación legal en la legislación federal, completándose de forma sustancial su regulación con las *Rules of the Supreme Court*. No obstante, y a pesar del papel similar que juegan las reglas del Tribunal Supremo federal y el Acuerdo de Admisión de 30 de diciembre de 2011 del Tribunal Supremo español, en contraposición a la sistemática española, las *Federal Rules of Civil Procedure* (que regulan el proceso civil a nivel federal) no regulan ningún aspecto del recurso.

81. El recurso de casación español es un recurso devolutivo que tiene naturaleza de recurso extraordinario⁸¹, cuya función nomofiláctica reduce la revisión del Tribunal Supremo a la infracción de la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, sin alterar los hechos probados recogidos en la sentencia recurrida⁸². De forma similar, el *certiorari* estadounidense es un recurso devolutivo que tiene un carácter extraordinario, cuya revisión se reduce a enjuiciar la posible infracción de las normas aplicables para resolver la controversia, sin que normalmente se modifiquen los hechos, aunque es posible que ocurra en la medida que el *certiorari* permite la denuncia de una norma procesal.

82. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se compone por el presidente y por nueve magistrados y, según la propia Memoria del Tribunal Supremo correspondiente al año 2013, durante ese ejercicio se resolvieron 821 asuntos por sentencia, ingresaron 3.800 asuntos, sin que se distinga en estas estadísticas cuales de estos asuntos corresponden a recursos de casación o recursos de extraordinarios de infracción procesal. Como se ha señalado, en Estados Unidos el Tribunal Supremo resuelve alrededor de cien recursos por año, entrando aproximadamente 7.000 asuntos al año.

⁷⁹ Mediante la comparación entre el sistema de *common law* anglosajón de admisión discrecional de recursos (*writ of certiorari* norteamericano y *leave to appeal* británico) y el sistema de *civil law* pueden deducirse las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas. Así pues, se ha señalado del sistema anglosajón: (i) que provoca indolencia en los jueces inferiores; (ii) que se perpetúan los errores jurisprudenciales; (iii) que la jurisprudencia se desactualiza; y (iv) que es muy difícil tener actualizado el Derecho con un número escaso de sentencia dictadas al año por el Tribunal Supremo. En relación con el sistema de *civil law*, se ha señalado que el poder legislativo actúa con gran lentitud; (ii) que en el Derecho positivo existe una gran complejidad para saber qué norma jurídica está vigente, y (iii) falta de actualización del Derecho positivo. Vid. J. NIEVA-FENOLL, *La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la unificación de doctrina. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro derecho*. La Ley, Año XXVII, Número 6393, 2006, p. 6 y ss.

⁸⁰ En Derecho español, como en el de varios países europeos, se produjo, en el siglo XIX, la recepción del recurso de casación, creado por los revolucionarios franceses. Sobre el recurso de casación francés y su evolución en España, vid. M. ORTELLS RAMOS (Dir.) y otros, *Derecho procesal civil*, 12 Ed., Aranzadi, 2, Navarra, 2013, cit. p. 25 y ss.

⁸¹ Vid. A. SALAS CARCELLER, *Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 15 y I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I, *Las medidas cautelares y los recursos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, p.567. Sobre las razones que justifican su calificación como “extraordinario”, vid. J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Los Recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Aranzadi, Navarra, 2004, p.17 y ss.

⁸² Vid. entre muchos otros, Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 febrero 2007 (RJ 2007\1650) y Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 31 julio 2007 (RJ 2007\6279).

2. Motivos y resoluciones recurribles

83. Como es sabido, el recurso de casación español procede contra sentencias dictadas por la Audiencias Provinciales en segunda instancia en los casos establecidos en el art. 477 LEC: (i) sentencia dictada en proceso sobre tutela judicial civil de derechos fundamentales excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución⁸³; (ii) sentencia dictada en proceso ordinario, seguido como tal por razón de su cuantía cuando éste sea superior a seis cientos mil euros y; (iii) sentencias dictadas en juicio ordinario por razón de la materia o de la cuantía, cuando ésta no exceda de seis cientos mil euros o sea inestimable o en juicio verbal en todo caso, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional⁸⁴.

84. En relación con los motivos que pueden articularse en el recurso de casación español, *a priori*, la cuestión es simple a tenor del art. 477.1 LEC, pues el recurso sólo puede fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Por ello, cualquier fundamentación de motivo (o motivos) que se articulen en el recurso deberán cimentarse en la infracción de normas aplicables para resolver el fondo de la controversia. Asimismo, la infracción de normas debe circunscribirse a normas sustantivas y no de carácter procesal que deben ser articuladas en el recurso extraordinario por infracción procesal.

85. En relación con estos aspectos, el *certiorari* estadounidense se distancia del español en ciertos matices, pues aunque, en principio, el recurso se interpone contra sentencias dictadas por tribunales federales de apelación, también es posible que se interponga contra sentencias dictadas por la última instancia estatal de un Estado. Asimismo, se ha señalado que es posible, aunque excepcional, que el Tribunal Supremo norteamericano revise una solicitud sin que se haya dictado todavía la sentencia de segunda instancia, opción no contemplada en el ordenamiento procesal civil español.

3. Las vías de acceso al recurso

86. Como se ha señalado, el art. 477 LEC recoge las tres vías de acceso al recurso de casación, de forma que podrán ser recurridas las sentencias dictadas por las audiencias provinciales para la protección de derechos fundamentales, las dictadas en procesos tramitados en atención a la cuantía cuando ésta sea superior a seiscientos mil euros y, finalmente, cuando se justifique interés casacional.

87. La vía de acceso consistente en el interés casacional tiene, a su vez, tres modalidades distintas: (i) interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; (ii) interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria en las audiencias provinciales; y (iii) interés casacional por aplicación de una norma con vigencia inferior a cinco años. El recurrente debe identificar la norma infringida, determinar el problema jurídico que se plantea y especificar, según la modalidad del interés casacional, la doctrina jurisprudencial que se solicita del Tribunal Supremo.

88. Cada motivo que se articule en el recurso de casación debe sustentarse en algunas de las vías de acceso a la casación y, cuando esta sea el interés casacional, es posible que los motivos articulados en el recurso se funden en distintas modalidades de interés casacional. Es fundamental que el recurrente justifique estas modalidades en el recurso, de modo que si se alega oposición a la jurisprudencia del

⁸³ En este caso, se refiere, entre otros, a los procesos contemplados en el art. 249.2.2º LEC relativos a la tutela judicial civil de los derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, o cualquier otro derecho fundamental, y a los verbales del art. 250.1.9º relativos a la rectificación de hechos inexactos y perjudiciales.

⁸⁴ Ciertamente, la literalidad del artículo excluye la posibilidad de que otro tipo de resoluciones judiciales dictadas por las Audiencias Provinciales, pero que no tienen forma de sentencia, no puedan ser objeto de recurso de casación, como pueden ser los autos (con la excepción de algunos autos de *exequatur*). Vid. R. CASTRO MARTÍN y M. DÍAZ CALLEJÓN, entre otros, *Guía Práctica de los Recursos de Casación y Extraordinario por infracción procesal*, Rasche, 2014, p. 190 y ss. y J. MONTERO AROCA y J. MATIES FLOR, *El recurso de casación civil, Casación e infracción procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 381 y ss.

Tribunal Supremo se deberá citar en el escrito dos o más sentencias de la Sala que configuran la jurisprudencia sobre la cuestión debatida⁸⁵.

89. Igualmente, en la modalidad de jurisprudencia contradictoria en audiencias provinciales, el recurrente deberá invocar dos sentencias firmes de una misma sección de una Audiencia Provincial que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias, también firmes, de distinta sección, pertenezca o no a la misma Audiencia. Se trata, en definitiva, en esta modalidad casacional de unificar la doctrina opuesta de distintas audiencias provinciales sobre una misma cuestión. Finalmente, el recurrente en la modalidad de invocación de normas que no lleven más de cinco años en vigor deberá indicar la norma nueva sobre la que pretende se cree doctrina jurisprudencial.

90. El recurso del *certiorari* estadounidense responde en su admisión a un criterio puramente discrecional que choca frontalmente con los criterios de admisión de la casación española, pero es inegable que los supuestos establecidos por las Reglas del Tribunal Supremo guardan cierto paralelismo con las vías de acceso al recurso de casación español, especialmente en lo referente a la vía del interés casacional y a las tres modalidades que lo configuran. Así pues, si bien la cuantía del proceso por sí misma no constituye una vía formal de acceso al *certiorari* norteamericano, sí se ha mencionado que una cuantía elevada puede resultar un factor clave para que el Tribunal Supremo estadounidense admita a trámite la petición.

91. En efecto, se ha expuesto que el *certiorari* puede fundarse en supuestos en que la sentencia recurrida (siempre en cuestiones de legislación federal) se ajuste a una serie de supuestos que pueden unificarse del siguiente modo: (i) que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano sobre una cuestión; (ii) que existan criterios dispares sobre una misma cuestión por parte de dos tribunales federales de apelación o de un tribunal federal de apelación y un tribunal estatal de apelación; (iii) cuando un tribunal estatal de última instancia haya adoptado una resolución que decida una cuestión en materia de legislación federal que contradiga una resolución adoptada por otro tribunal estatal de última instancia o de un tribunal federal de apelación; y (iv) cuando un tribunal estatal o un tribunal federal de apelación adopta una resolución que decide una cuestión relevante en materia de legislación federal sobre la que no existe doctrina establecida por el Tribunal Supremo Federal.

92. En la comparación de las vías de acceso al recurso de casación español y los criterios establecidos para el acceso al *certiorari* estadounidense se infiere que la finalidad de ambos medios de impugnación es unificar doctrina acerca de la interpretación de normas cuando existen posiciones discrepantes de órganos judiciales inferiores al Tribunal Supremo.

93. Igualmente, se aprecia el paralelismo en ambos recursos a la hora de configurarse como una solución frente a la necesidad de revisar pronunciamientos judiciales de órganos judiciales inferiores que presentan posiciones antagónicas o confrontan la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo. Asimismo, se asemejan en la necesidad de pretender la fijación de doctrina del Tribunal Supremo cuando se aplican normas nuevas de vigencia corta.

4. Causas de inadmisión

94. Las causas de inadmisión del recurso de casación español se encuentran reguladas sustancialmente en la LEC y en el Acuerdo de diciembre de 2011⁸⁶, destacando, entre otras, las siguientes:

⁸⁵ El art. 481.2 LEC exige al recurrente acompañar el texto de las sentencias en las que se pretenda apoyar el interés casacional. Excepcionalmente, será posible identificar una sola sentencia del Tribunal Supremo como jurisprudencia, cuando ésta haya sido dictada por el Pleno de la Sala.

⁸⁶ En relación con el anterior Acuerdo de 2000 adoptado por Tribunal Supremo, se ha sostenido sobre las causas de inadmisión que constituyen una reducción al acceso a la casación, vid. P. BARINGO ROSINACH y F. GARCÍA VICENTE, *La crisis permanente de la casación civil (un recurso en estado preagónico)*, Los Fueros, Zaragoza, 2007, p.18.

- La falta de legitimación de la parte recurrente.
- La concurrencia de defectos de forma.
- La falta de indicación de la modalidad del recurso.
- La falta de concurrencia de los presupuestos para que la resolución sea recurrible.
- La falta de justificación de los supuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación.
- La falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado.
- La falta de respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida⁸⁷.

95. Como se ha señalado, también el *certiorari* está expuesto a diferentes causas de inadmisión, si bien no son tan variadas como en la casación española, debido a la facultad discrecional con la que inadmiten el recurso en Estados Unidos.

96. En cualquier caso, se ha señalado como causas de inadmisión en el *certiorari*: (i) que no se han respetado los hechos declarados probados por la sentencia de segunda instancia en el recurso; (ii) que no exista una vulneración de un precepto legal federal o conflictos de legislación federal según los términos expuestos en el recurso; (iii) porque la cuestión jurídica que se plantea en el recurso no ha sido expuesta con anterioridad; y (iv) que el recurso ha sido presentado fuera de plazo; (v) que las cuestiones debatidas no tengan la trascendencia o la relevancia que justifiquen su revisión judicial; (vi) que las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso no respondan a las que realmente se consideraron en la resolución del asunto.

97. Es obvio que existen grandes puntos en común entre las causas de inadmisión, no sólo en aquellas más formales, sino también es coincidente en otras como en modificar los hechos probados contenidos en la sentencia recurrida o que el problema jurídico planteado no se presente como lo expone el recurrente.

98. Es también semejante en ambos sistemas que la partes dispongan de un plazo para formular alegaciones relativas a las causas de inadmisión del recurso, si bien en el sistema español el procedimiento ofrece más posibilidades al recurrido, pues puede realizar estas alegaciones en dos momentos procesales distintos: en el plazo de personación de 30 días ante el Tribunal Supremo y en el escrito de oposición al recurso de casación⁸⁸ (al margen de los diez días que pueda otorgar el Supremo al apreciar de oficio causas de inadmisión). Sin embargo, en el sistema norteamericano el recurrido sólo puede formular alegaciones relativas a la inadmisión en la primera fase de admisión, en particular, al presentar el escrito de oposición a la petición inicial.

5. Interposición y resolución del recurso

99. La resolución del recurso de casación español, como el *certiorari* norteamericano, comporta la superación de una fase de admisión y de una fase de resolución del recurso mediante la deliberación y fallo, tras una posible celebración de vista.

100. En relación con el contenido del escrito del recurso de casación, el art. 481 LEC hace alusión al art. 477.2, exigiendo al recurrente la indicación de la vía de acceso a la casación, exponiendo con la necesaria extensión los fundamentos jurídicos y posibilitando la solicitud de vista. Al escrito de

⁸⁷ No es la casación el cauce adecuado para conseguir una nueva valoración de la prueba pues la parte no puede hacer supuesto de la cuestión prescindiendo de los hechos tenidos como probados por la Audiencia Provincial. Por tanto, no podrán utilizarse argumentos de esta clase para fundamentar el recurso, vid. F. SALINERO ROMÁN y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Del recurso de casación*, 2^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2014, cit.p. 96.

⁸⁸ Vid. art. 485 LEC.

interposición se deberá acompañar certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, los textos de las sentencias que funden el interés casacional.

101. El Acuerdo de la Sala Primera de fecha 30 de diciembre de 2011 completa, al señalar las causas de inadmisión del recurso, aspectos clave que deben ser tomados en cuenta desde un punto de vista de técnica casacional como se ha expuesto en relación con las causas de inadmisión del recurso.

102. En efecto, en el escrito de interposición se identificarán a las partes, se identificará a la sentencia recurrida, se presentará una síntesis de los antecedentes del recurso, se justificará la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del recurso y se expondrán los motivos que se articulan en el recurso de casación para terminar con un suplico. Asimismo, deberá indicar en detalle la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala o el principio general del Derecho infringidos.

103. Como se ha expuesto, el *certiorari* estadounidense tiene una regulación muy exhaustiva y formalista (recordemos que no sólo limita el número de hojas, sino que también determina el tipo de letra que se debe utilizar) respecto al contenido que debe tener el escrito inicial de petición (y posteriormente el propio recurso) exigiendo, entre otros aspectos, la identificación de las partes, la identificación de la sentencia recurrida, la identificación del motivo que justifica el acceso a la revisión excepcional del Tribunal Supremo junto con una exposición clara de la cuestión planteada.

104. Se aprecia, por tanto, un gran paralelismo entre la estructura de un recurso de casación con la que debe seguir un recurso de *certiorari*, si bien es indudable que este último debe responder a mayores criterios formalistas en comparación con la casación española. De hecho, si se atiende a los requisitos que debe tener el abogado que pretenda firmar la petición de *certiorari* (cuyo objeto es garantizar una cierta experiencia y una técnica casacional apropiada) no tienen homónimo en el Derecho procesal civil español, donde cualquier letrado colegiado podría firmar un escrito de recurso de casación.

105. En relación con los plazos de las partes para preparar sus recursos, ciertamente, el plazo de noventa días que se otorga a la parte para presentar su petición de *certiorari* es amplio si lo confrontamos con el plazo de veinte días que la LEC otorga al recurrente para presentar su escrito directo de interposición, por lo que el *certiorari* presenta una ventaja estratégica frente a la casación española al otorgar más tiempo para su preparación.

106. Frente al plazo de oposición de veinte días del recurso de casación, la parte recurrida en el *certiorari* dispone de un plazo de treinta días para presentar su escrito de oposición. En general, se observan plazos procesales más amplios para las partes en el *certiorari* que en la casación española.

107. La comparación entre el esquema procesal de la resolución del recurso de casación español y el esquema procesal de resolución del *certiorari* estadounidense presenta estos caracteres básicos comparados.

108. El recurso de casación español se interpondrá, sin fase de preparación previa, ante la audiencia provincial que haya dictado la resolución recurrida en el plazo de veinte días desde la notificación de aquella (art. 479.1 LEC). El recurso de *certiorari* norteamericano se solicita directamente ante el Tribunal Supremo mediante un escrito de preparación cuyos requisitos formales son, como se ha visto, notablemente exigentes. Esta fase de preparación es inexistente en el sistema español⁸⁹.

⁸⁹ Los términos de la casación civil según la reforma proyectada por Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 3 de abril de 2014 acercaría al *certiorari* norteamericano a la casación civil española en cuanto que ambos compartirían una fase de preparación mediante el escrito correspondiente para después interponer el recurso. Esta preparación en ambos sistemas se caracteriza por la rigurosidad técnica exigible al primer escrito que se presenta, así como la importancia de esta fase dentro de la resolución del recurso. De hecho, la mayor importancia de la fase de admisión en la casación española que se pretende se deduce del propio Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2014, donde se solicita la ampliación de la Sala de Admisión de 3 a 5 miembros, como ocurre en el caso del *certiorari* con la regla de cuatro.

109. En el sistema español si concurren los requisitos de admisión la audiencia emitirá una diligencia de ordenación teniendo por interpuesto el recurso de casación o, en caso contrario, emitirá un auto inadmitiendo el mismo que será objeto de recurso de queja (art. 479.2. II LEC). En el sistema norteamericano el *writ* que inadmite el *certiorari* es susceptible de revisión mediante una petición al propio Tribunal Supremo, trámite procesal que no tienen homónimo en el sistema español.

110. En el sistema español la providencia teniendo por presentado el recurso de casación remitirá los autos originales al Tribunal Supremo emplazando a las partes por término de treinta días. Si no comparece el recurrente, el Secretario declarará el recurso desierto quedando firme la sentencia (art. 482 LEC). En el sistema norteamericano al admitirse a trámite el *certiorari*, el *writ* de admisión también requerirá al órgano judicial inferior para que aporte todo el expediente judicial.

111. En el sistema español recibidos los autos en el Tribunal Supremo comenzará la fase de admisión y se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente designado por el Secretario a los efectos de la admisión del recurso. Antes de resolver sobre la admisión, la Sala examinará su competencia para conocer del recurso⁹⁰ (art. 484 LEC). Posteriormente, la Sala dictará auto admitiendo o inadmitiendo el recurso de casación que no será susceptible de recurso (art. 483.5 LEC).

112. En el sistema estadounidense, una vez admitido a trámite el recurso de *certiorari* por medio del *writ*, el recurrente dispone de un plazo de cuarenta y cinco días para interponer el recurso y la parte recurrida tendrá un plazo de treinta días para presentar su escrito de oposición al recurso, sin perjuicio de que puedan interponerse otros escritos en distintos plazos como ha quedado señalado.

113. En la casación española la Sala de admisión del Tribunal Supremo está integrada por el Presidente de la Sala, el Magistrado más antiguo y el más moderno, designado por turno anual⁹¹. Así, mientras que en la casación española la admisión se decide por tres miembros, la admisión en el sistema norteamericano, referida como en la *Rule of Four*, implica la participación de los nueve miembros que componen el Tribunal Supremo, poniéndose de manifiesto la relevancia del trámite de admisión en el sistema estadounidense.

114. Es destacable, en términos de gestión judicial, que participen más magistrados en la decisión de la admisión a trámite del *certiorari* (nueve) que los que lo hacen en el recurso de casación español (sólo tres magistrados constituidos en Sala de Admisión).

115. En la admisión de la casación civil española se debe señalar que existen una serie de causas de inadmisión recogidas en la LEC, que el propio preámbulo del Acuerdo de diciembre de 2011 sostiene que su carácter es orientador y no es vinculante, sin que limite a la Sala a la hora de desarrollar su doctrina en relación con la admisión. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda en numerosas de sus resoluciones que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación, pues la admisión de este recurso está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por la Sala del Tribunal Supremo, con el único límite de la arbitrariedad⁹².

116. En el sistema norteamericano la admisión del *certiorari* se basa principalmente en un criterio discrecional, aunque, como se ha señalado, existan unos motivos orientativos que normalmente son tenidos en consideración a la hora decidir su admisión.

⁹⁰ La práctica forense revela que normalmente se emite una Diligencia de Ordenación por lo que se tiene por personadas a las partes, se turna ponente a un magistrado y, en función de si procede o no, se remite las actuaciones al Ministerio Fiscal para emitir dictamen sobre competencia funcional.

⁹¹ Vid. CASTRO MARTÍN y M. DÍAZ CALLEJÓN, op.cit., pág. 101.

⁹² Vid. Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2014, citando a SSTC 3/83 y 215/98

117. El auto de admisión de la casación española es una resolución que no tiene una gran fundamentación jurídica, pues sólo hace referencia al cumplimiento de los requisitos legales, siendo más rico en motivación el auto de inadmisión. De forma similar, el *certiorari* norteamericano será admitido mediante una resolución judicial denominada *writ* que no estará motivada, pero, a diferencia del sistema español, la resolución judicial que inadmite el *certiorari* tampoco está motivada.

118. En el sistema español el auto de admisión dará traslado a la otra parte del escrito de interposición para que formalice su oposición en el plazo de veinte días. En el escrito de oposición también podrán formularse causas de inadmisibilidad.

119. En el sistema norteamericano el *writ* de admisión otorgará un plazo de cuarenta y cinco días al recurrente para presentar su escrito de interposición. Tras su presentación, la parte recurrida tendrá un plazo de treinta días para presentar su escrito de oposición. La parte recurrente tendrá turno de contestación por treinta días para contestar a la oposición. No sólo la diferencia de los plazos, sino el turno de réplica del recurrente no tienen paralelismo con el sistema español.

120. En la casación española, transcurrido el plazo anterior, el Secretario señalará el día y hora para la celebración de la vista si se hubiese solicitado por las partes o de oficio si lo considerase necesario el Tribunal. La vista comenzará con el informe del recurrente para después proceder al de la parte recurrida⁹³. Celebrada vista, o si este trámite no hubiera tenido lugar, la Sala señalará día y hora para la votación y fallo del recurso. La deliberación será a puerta cerrada.

121. En el sistema norteamericano, como se ha señalado, el *writ* de admisión ya señala día y hora para la celebración de la vista oral. En este punto, la Guía de Actuación adoptada por el Tribunal Supremo federal para uso de los litigantes cuando acuden a una vista, no encuentra reflejo en el sistema español, pero si encuentra un gran sentido en el estadounidense por considerar que una actuación ante el más alto Tribunal del País bien requiere de una guía para ayudar a sus abogados sin dejar nada al azar.

122. En el sistema norteamericano el *certiorari* es resuelto mediante deliberación y voto por los nueve magistrados del Tribunal Supremo mientras que en España la Sala resolverá el recurso mediante deliberación y voto de cinco de los miembros de la Sala de Justicia. Finalmente, se debe indicar que el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo⁹⁴, entre sus funciones, se encarga de la asistencia técnico-jurídica a las diferentes Salas del Tribunal, conforme a las instrucciones de sus respectivos Presidentes, por lo que también juegan un papel destacable en el proceso de resolución del recurso de casación.

123. El homónimo de este Gabinete en Estados Unidos lo encarnaría el denominado “*cert pool*”, que, como se ha señalado, apoyan de forma relevante a los magistrados del Tribunal Supremo Federal preparando memorandos sobre los asuntos para facilitar su comprensión posterior y facilitar la labor de los magistrados a la hora de decidir la admisión del recurso.

6. Efectos de la resolución del recurso

124. El art. 487 LEC establece que el recurso de casación se resolverá por sentencia con consecuencias distintas según se trate de recursos de casación previstos en los números 1º y 2º del apartado 2 del art. 477 o el previsto en el número 3 del apartado 2 del 477 LEC. En estos casos señala la LEC que la sentencia que ponga fin al recurso confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida. En ocasiones, la Sala casará la sentencia de apelación y confirmará la sentencia de primera instancia (en

⁹³ La vista seguirá lo dispuesto en los arts. 187 y 146 LEC.

⁹⁴ El Gabinete Técnico del Tribunal Supremo fue creado por Real Decreto 489/1985, de 2 de abril, y se encuentra bajo la dependencia directa del Presidente del Tribunal Supremo (artículo 163 LOPJ), correspondiendo al Ministerio de Justicia la determinación de su composición y plantilla, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, oída la Sala de Gobierno. Vid. http://www.poderjudicial.es/cgj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo

caso de ser contradictorias) y, en otras ocasiones, resolverá directamente la situación concreta planteada en el recurso⁹⁵.

125. En el supuesto del recurso de casación con base en el número 3º del apartado 2 del art. 477, la LEC establece que la sentencia resolverá el problema jurídico planteado en el recurso -en su caso- fijando la doctrina aplicable al caso con la fijación de jurisprudencia (si existen pronunciamientos contradictorios de audiencias provinciales o invocado norma de menos de cinco años sobre la que no exista doctrina jurisprudencial) o establecer cuál es la jurisprudencia aplicable al asunto (cuando haya sido infringida por la sentencia recurrida).

126. En el sistema norteamericano las consecuencias de la estimación del recurso no se encuentran recogidas como en el Derecho procesal civil español, aunque la estimación del *certiorari* supondrá que el Tribunal Supremo anule o revoque la sentencia recurrida, siendo posible que reenvíe la misma al tribunal inferior para que vuelva a dictar sentencia teniendo en consideración los términos decididos por el Tribunal Supremo. Este reenvío al órgano judicial inferior encuentra más paralelismo con algunos supuestos de estimación del recurso extraordinario por infracción procesal que con la casación española.

VIII. Conclusiones

127. Las conclusiones principales de la comparación entre el *certiorari* norteamericano y el recurso de casación civil español conducen a sostener que ambos medios de impugnación de sentencias presentan, como no podía ser de otro modo, similitudes y diferencias, cuyas manifestaciones más importantes podrían ser las siguientes:

128. Como similitudes más esenciales puede afirmarse que el *certiorari* y el recurso de casación civil se caracterizan por ser recursos de carácter extraordinario, cuya función se caracteriza por la revisión de la aplicación del derecho. En ambos sistemas se conciben como recursos que pueden interponerse contra determinadas resoluciones judiciales, sin que sea una tercera instancia judicial. Ambos recursos son resueltos por las máximas instancias judiciales de los países, el Tribunal Supremo español y el Tribunal Supremo norteamericano.

129. En términos generales, el procedimiento de resolución del *certiorari* norteamericano y la casación civil española son diferentes no sólo en su estructura, sino también en la regulación de los plazos otorgados a las partes para formular sus escritos principales y alegaciones en relación con las posibles causas de inadmisión.

130. En términos particulares, si en la casación civil española es posible hacer referencia a un esquema procesal con las siguientes fases: interposición, admisión en la audiencia provincial, remisión al Tribunal Supremo, admisión en el Tribunal Supremo, oposición al recurso y decisión (deliberación y fallo), en el *certiorari* estadounidense el esquema procesal responde a las siguientes fases: preparación ante el Tribunal Supremo, oposición al escrito de preparación, admisión en el Tribunal Supremo, remisión al Tribunal Supremo del expediente judicial por el tribunal federal de apelación, interposición, oposición al recurso y decisión (deliberación y fallo).

131. La fase de preparación del *certiorari* norteamericano responde a una regulación rigurosa y formalista que se manifiesta por los estrictos requisitos que se exigen en el escrito de preparación y por las exigencias formales que debe cumplir el abogado firmante. Aunque en el sistema español y en el sistema norteamericano estos medios de impugnación exigen de una técnica casacional depurada para los litigantes, del análisis comparativo se deduce que se presenta una mayor rigurosidad y exigencia en el

⁹⁵ Vid. CASTRO MARTÍN y M. DÍAZ CALLEJÓN, op.cit., p. 127.

proceso de admisión del *certiorari* norteamericano, revelando también que la técnica jurídica necesaria en los Estados Unidos es aún más exigente.

132. El sistema norteamericano opta por una estructura con una primera fase de preparación que culmina con la decisión sobre la admisión de la petición donde cuatro de los nueve miembros del Tribunal Supremo deciden sobre la admisión, en prueba de que la admisión es la fase de mayor importancia en la resolución del *certiorari* estadounidense. En contraposición, la casación española se interpone directamente sin que exista una fase de preparación previa, indicando que la fase de admisión es menos relevante en el sistema español. La menor relevancia de la admisión en la casación civil española se deduce del hecho de la Sala de admisión está compuesta por tres miembros del Tribunal Supremo, cuando en el modelo norteamericano deciden la admisión los nueve miembros del Tribunal Supremo.

133. En la fase de preparación del *certiorari* norteamericano el peticionario dispone de un plazo de noventa días para presentar su escrito de preparación o petición, mientras que la otra parte tendrá un plazo de treinta días para oposición. Estos plazos -al no tener fase de preparación la casación civil española- no tienen paralelismo con el sistema español.

134. La admisión del *certiorari* estadounidense responde a un criterio de pura discrecionalidad, pues aunque existen una serie de factores orientativos recogidos en la Reglas del Tribunal Supremo que pueden servir de ayuda al litigante para intentar anticipar una posible admisión o inadmisión, lo cierto es que el criterio judicial de admisión se caracteriza por la discrecionalidad. En contraposición, la admisión de la casación civil española responde a unos motivos tasados legalmente, mediante criterios de admisión reglados por cuantía y por materia sin que la discrecionalidad sea, *a priori*, un factor a tener en cuenta en la admisión.

135. Sin perjuicio de que la discrecionalidad sea el eje de la admisión del *certiorari*, es innegable que existen paralelismos entre las vías de acceso a la casación civil española y los factores orientativos que pueden tomarse en consideración por el Tribunal estadounidense para decidir la admisión. Así pues, estos puntos en común en ambos sistemas se concretan, entre otros aspectos, en la importancia de la cuantía como un factor relevante para su admisión, en la importancia de que una resolución contradiga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre una cuestión (conflictos verticales), en la importancia de que se presente criterios distintos de órganos judiciales de segunda instancia sobre una cuestión (conflictos horizontales) y, por último, en la notoriedad, novedad, y transcendencia de la cuestión debatida.

136. La fase de admisión del *certiorari* y la admisión de la casación española terminan como no podía ser de otra forma con una resolución judicial. En el sistema estadounidense la admisión se materializa a través del denominado *writ* y en el sistema español a través de auto. Como similitud más relevante, es destacable que la resolución judicial que admite a trámite el recurso en ambos sistemas no debe estar motivada, y sólo el auto de inadmisión de la casación civil española dispone de motivación en contraste con la inadmisión norteamericana que tampoco está motivado.

137. La inadmisión en la casación civil española no es susceptible de recurso (salvo el supuesto que se intente la vía del recurso de amparo), pero en el *certiorari* existe la posibilidad de solicitar una nueva revisión al propio Tribunal Supremo para que reconsidera su decisión. Resulta una suerte de recurso devolutivo contra la decisión que no tiene homónimo en la casación civil española.

138. Como ocurre en la fase de preparación del *certiorari*, en la fase de resolución las partes en el ordenamiento estadounidense disponen de unos plazos procesales para preparar e interponer sus escritos considerablemente más amplios que los litigantes en el sistema español. Así, si en la casación española el recurrente dispone de un plazo de veinte días para interponer el recurso de casación ante la audiencia provincial y veinte días la parte recurrida para oponerse, el recurrente norteamericano dis-

pondrá de un plazo de noventa días para preparar su escrito de interposición y la parte recurrida tendrá un plazo de cuarenta y cinco días para presentar su escrito de oposición. Posteriormente, el recurrente tendrá de nuevo posibilidad de interponer nuevo escrito en el plazo de treinta días.

139. La celebración de una vista entre las partes es un acto procesal común en ambos sistemas, caracterizados por la solemnidad e importancia del acto. Si bien en la casación civil española la LEC regula un solo precepto a mencionar el desarrollo de la vista, el *certiorari* norteamericano cuenta con una Guía desarrolla por el Tribunal Supremo federal donde regula todos los aspectos de la vista. En ambos sistemas, la vista se desarrolla de forma similar, pues el abogado del recurrente comienza con su exposición y después el abogado del recurrido.

140. En contraste con la casación civil española en la que las infracciones procesales sólo pueden articularse en el recurso extraordinario de infracción procesal y no en el recurso de casación, en el *certiorari* estadounidense es posible articular como motivos infracciones procesales siempre y cuando tengan implicaciones y relevancia constitucional.

141. El estudio comparado entre el *certiorari* estadounidense y la casación civil española permite, además de la exposición de las similitudes y diferencias entre ambos sistemas, plantear si algunas de esas características exclusivamente atribuibles al *certiorari* estadounidense presenta, *a priori*, alguna ventaja respecto a la regulación de la casación civil española.

142. La notable diferencia entre el número de recursos de casación que resuelve el Tribunal Supremo en España, podríamos hablar de unos 820 en un año determinado (aproximadamente con 3.800 entradas) por los aproximados 100 recursos de *certiorari* (aproximadamente con 7.000 entradas) que resuelve el Tribunal Supremo estadounidense en un año determinado presentan dos escenarios completamente contrapuestos.

143. Por un lado, el eje principal del sistema norteamericano transita en torno a la idea de que el Tribunal Supremo dicte unas pocas sentencias al año en cuestiones jurídicamente relevantes aplicando la discrecionalidad como medio de admisión del recurso. Y, por otro lado, la regulación del sistema español no parece estar diseñada precisamente para que el Tribunal Supremo termine resolviendo menos asuntos, ya que es un hecho notorio el aumento de la carga de trabajo en el Alto Tribunal desde la última reforma que operó por medio de la Ley 37/2011, de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal al extender el interés casacional a asuntos que por cuantía no superasen los 6.000.000 euros.

144. Es obvio que cualquier propuesta que implique la importación de mecanismos procesales provenientes de un ordenamiento jurídico de la familia del *common law* debe realizarse bajo la cautela de que muchos de sus aspectos procedimentales tienen su razón de ser en otros conceptos inalienables a su ordenamiento jurídico como, por ejemplo, la vinculación del precedente judicial (*stare decisis*). No obstante, algunos aspectos concretos del *certiorari* estadounidense presentan algunas ventajas frente a la regulación española que merece la pena poner de manifiesto.

145. En este sentido, los formalismos exigidos al letrado que suscribe el *certiorari* estadounidense son un intento razonable de asegurar que aquellos abogados que准备 este tipo de recurso tengan la experiencia y la capacidad técnica suficiente que este tipo de recurso requiere. Por ello, aplicar exigencias de esta naturaleza a la casación civil en España aseguraría del mismo modo que los abogados que pretenden interponer este tipo de recurso tengan la experiencia para afrontar con garantías su preparación. Al fin y al cabo, es indudable que muchas de las causas de inadmisión contempladas en el Acuerdo de la Sala Primera de 30 de diciembre (realizar supuesto de la cuestión, incurrir en falta de claridad expositiva, citar preceptos genéricos y otras causas) tiene base en defectos sustancialmente relacionados con la técnica casacional que podrían evitarse.

146. Por otra parte, los plazos legalmente establecidos para que las partes en el *certiorari* estadounidense preparen e interpongan sus escritos son notablemente más amplios que los contemplados en el sistema español, lo que supone que los abogados dispongan de más tiempo para preparar con mayores garantías un recurso indudablemente complejo.

147. El mecanismo procesal contemplado en el ordenamiento procesal estadounidense (*certified question*) que permite plantear una cuestión prejudicial al Tribunal Supremo de los Estados Unidos por parte del tribunal federal de apelación se configura conceptualmente como una forma de anticipar el criterio del Alto Tribunal sobre, por ejemplo, una interpretación de su propia doctrina, lo que, en teoría, podría evitar litigiosidad sobre una cuestión concreta y generar una mayor seguridad jurídica. La inclusión en el sistema español de un mecanismo similar se beneficiaría, en teoría, también de estas mismas ventajas.

148. La mayor rigurosidad de la fase de preparación en el sistema estadounidense mediante una regulación concreta y detallista del escrito de interposición, así como la participación de los nueve magistrados del Tribunal Supremo en esta fase, contribuye a que la admisión sea el trámite más relevante del recurso. Por ello, la regla es la inadmisión y la excepción la admisión. Así pues, además de valorar si sería conveniente reforzar la fase de admisión en el sistema español, resulta ineludible reflexionar sobre si la discrecionalidad estadounidense en la admisión del *certiorari* debería tener, en algún grado, cabida en el modelo español, cuyo sistema de motivos tasados de acceso a la casación no contempla la facultad discrecionalidad en la admisión de recursos.

149. Como se ha señalado, es importante reiterar que aunque la casación civil española responde en su admisión a criterios tasados, el Acuerdo de 30 de diciembre tiene carácter orientador y no tiene carácter vinculante, razón por la que sus términos no limita a la Sala a hora de desarrollar su doctrina en materia de inadmisión. Así pues, cuando el Tribunal Constitucional señala que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación y que el derecho a los recursos está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por la vía interpretativa de la Sala con el único límite de la discrecionalidad, permite inferir que esa labor interpretativa delimitada del Tribunal Supremo al valorar la concurrencia de posibles causas de inadmisión es el último medio para inadmitir recursos que, *a priori*, cumplen con los motivos tasados de acceso a la casación.

150. Es evidente que esa facultad interpretativa de los magistrados españoles no es equiparable en absoluto al poder discrecional que ostentan los jueces norteamericanos, pero es razonable sostener la necesidad de nuevas fórmulas legales focalizadas en la fase de admisión que permitan reducir el número de recursos admitidos en el Tribunal Supremo español, respetando el límite de la discrecionalidad, de forma que las sentencias que dicten en virtud de esas admisiones respondan verdaderamente a la finalidad de la casación.

151. Algunos de estos planteamientos podrían pasar por un reforzamiento de la rigurosidad de la fase de admisión del recurso de casación, instaurando la fase de preparación del recurso ante el propio Tribunal Supremo, donde se exigiría una mayor rigurosidad en el escrito de preparación. A su vez, la instauración de una fase de admisión más rigurosa exigiría aumentar el número de magistrados que conforman la Sala de Admisión y valorar si el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo podría desarrollar un papel aún más relevante en esta fase, dotándole de los medios necesarios para ello.

152. Finalmente, indicar que la posibilidad de articular infracciones procesales en el *certiorari* estadounidense, invita a plantear la conveniencia de que en la casación civil española pudiera articularse como motivo del recurso una infracción de norma procesal, teniendo en cuenta la peculiar regulación actual del recurso de casación y del recurso por infracción procesal.

153. Es indudable que los términos de la disposición final 16^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil configuran una regulación (*a priori*, transitoria) notablemente mejorable, pues el litigante debe interpo-

ner un recurso de casación necesariamente cuando la admisibilidad del recurso está sujeta a la existencia de interés casacional. Así, si la sentencia que se pretende recurrir incurre en una infracción de norma procesal, pero no es viable justificar el interés casacional, el litigante se verá abocado irremediablemente a la inadmisión del recurso de casación y, consecuentemente, a la inadmisión del recurso por infracción procesal. Por ello, mientras la disposición final 16^a continúe en vigor siempre será requisito previo para el litigante que la sentencia que se pretende recurrir por infracción procesal sea recurrible en casación por alguna de las vías del art. 477 de la LEC presentándose siempre el problema anteriormente expuesto en supuestos de interés casacional.

154. Partiendo de la premisa de que lo más conveniente es que sea el Tribunal Supremo a través del recurso de casación, y no los Tribunales Superiores de Justicia, el que resuelva sobre las infracciones de norma procesal, un planteamiento de mejora pasaría por una nueva regulación procesal que, admitiendo como motivo del recurso de casación una infracción de norma procesal, contemplase requisitos de admisión específicos para la infracción procesal desvinculados del requisito de que la sentencia deba ser susceptible de recurso de casación, según contempla la disposición final 16^a. A tal fin, los propios supuestos del art. 469 LEC, que ya señalan la tipología de infracciones procesales que podrían articularse en el recurso de casación, necesitarían de un examen riguroso en la admisión por parte del Tribunal Supremo (para evitar un colapso de recursos basados exclusivamente en infracciones procesales) para asegurar que las infracciones denunciadas respetan la doctrina de inadmisión del Tribunal Supremo en relación con estas cuestiones.

155. Ciertamente, la solución no debería pasar por exigir una especie de interés casacional (tal y como está configurado actualmente) para la admisión de un motivo fundado en una infracción de norma procesal, pues supondría que muchas infracciones no tendrían acceso al Tribunal Supremo, imaginése una vulneración del art. 218 LEC (casos de falta de motivación de sentencias) donde difícilmente podría argumentarse, por ejemplo, posiciones contradictorias de audiencias provinciales.

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS ANTITRUST. REFLEXIONES A RAÍZ DE LA PUBLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE LEY DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

THE IMPLEMENTATION OF THE ANTITRUST DAMAGES DIRECTIVE. SOME THOUGHTS IN THE WAKE OF THE PUBLICATION OF THE PROPOSAL FOR AN IMPLEMENTATION LAW

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

Recibido: 04.02.2016 / Aceptado: 08.02.2016

Resumen: La Directiva de daños derivados de ilícitos antitrust constituye un paso significativo en el proceso europeo de fomento de la aplicación privada del Derecho de la competencia iniciado hace ya una década. En enero de este año, en cumplimiento del mandato comunitario, el Ministerio de Justicia ha hecho pública una Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva. El objeto del presente trabajo es el análisis crítico de ambos documentos, valorándose tanto los objetivos y alcance de la Directiva, como la forma en que la Propuesta introduce las exigencias europeas, tanto de carácter sustantivo como procesal, en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: aplicación privada, acciones de daños, Directiva, transposición, propuesta.

Abstract: The Antitrust Damages Directive represents a significant step in the European process aimed to foster the private enforcement of Competition Law. In January 2016, the Spanish Department of Justice has published an Implementation Law Proposal. The object of this paper is the critical analysis of both documents. The purpose and scope of the European Directive, as well as the way chosen by the Proposal to introduce in the Spanish Law the main procedural and substantive requests, will be considered.

Keywords: Private enforcement, damages actions, Directive, implementation, proposal

Summary: I. Panorámica: la aplicación privada de la competencia en Europa hasta la aprobación de la Directiva. 1. Los orígenes. 2. Y... ¿mientras tanto? 3. Y... ¿por qué ahora? 4. La Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva. II. Aspectos procesales. 1. Acceso a pruebas. A) La solución de la Directiva. B) La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba. a) Objetivo y sistemática de la propuesta. b) Contenido y finalidad de las diligencias preliminares y de la exhibición de documentos a efectos probatorios. c) Conveniencia de una regulación como la contenida en la propuesta. 2. Valor del pronunciamiento administrativo en el juicio civil. A) Situación pre-Directiva. B) El artículo 9 de la Directiva: ¿nuevo límite al principio de independencia judicial? 3. Prescripción. 4. Responsabilidad conjunta y solidaria. III. Aspectos sustantivos: el resarcimiento del daño. 1. Alcance y naturaleza del daño. A) Daño emergente, lucro cesante e intereses. B) Los daños punitivos. 2. Prueba y cómputo del daño. A) La prueba del daño. a) La cuantificación del daño. b) La presunción del daño en los casos de cártel. B) La repercusión del sobreprecio. 1. La passing-on defence en el debate europeo. 2. La repercusión de costes en la Directiva y en la PLTD. A) Fundamento. B) Algunas cuestiones procesales. C) Efectos económicos del passing-on y su consideración jurídica. IV. Valoraciones

* El apartado, “La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba” (II.1.B) ha sido realizado por MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Profesora Contratada-Doctora de la Universidad de Valladolid.

I. Panorámica. La aplicación privada de la competencia en Europa hasta la aprobación de la Directiva

1. Los orígenes

1. Las prácticas anticoncurrenceles, como los acuerdos colusorios o las conductas abusivas por parte de operadores dominantes son susceptibles de causar perjuicios en dos tipos de niveles. Por una parte, estas conductas lesionan el interés general en el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en los mercados. En segundo lugar, los ilícitos competitivos también pueden causar un daño en los patrimonios individuales, afectando los intereses particulares de los consumidores o de las empresas. Tradicionalmente, en el ámbito europeo, el Derecho *antitrust* se ha construido en torno a la tutela del primero de estos intereses mencionados. En este sentido, las normas comunitarias y nacionales en materia de competencia han sido principalmente objeto de aplicación pública, por parte de organismos de naturaleza administrativa con arreglo a procedimientos de carácter administrativo sancionador orientados a la imposición de multas. La conocida como aplicación privada o, *private enforcement*, de estas normas, por el contrario, ha venido siendo relegada a un segundo plano, en contraste con la situación existente en otras jurisdicciones, como la estadounidense¹.

2. La orientación mayoritariamente administrativa sancionadora del Derecho de la competencia (europeo y nacional) no significa, naturalmente, la negación del derecho de los particulares lesionados como consecuencia de prácticas anticompetitivas a ser resarcidos, pero sí ha determinado que, hasta muy recientemente, la tutela de tal derecho no haya recibido atención específica desde este sector del ordenamiento jurídico y se haya articulado al margen de éste y bajo las categorías generales –y nacionales- de la responsabilidad civil. En este sentido, si bien a nivel europeo se ha producido un reconocimiento del derecho a la indemnización² –configurado además de forma muy amplia, tanto en lo referente a su alcance como a su legitimación-, su ejercicio en la práctica es remitido a los tribunales nacionales, con soluciones muy dispares en cuanto al alcance de la protección otorgada y a las vías procesales para hacerlo efectivo en los distintos Estados miembros.

3. El reenvío a los ordenamientos nacionales ha favorecido el surgimiento de un mosaico de soluciones muy dispares sobre la aplicación privada, tanto desde una perspectiva sustantiva como, principalmente, procesal. La ausencia de una regulación uniforme ha sido contemplada con desconfianza por el ejecutivo europeo, en cuanto incentiva la búsqueda de la legislación más favorable para el ejercicio de las acciones. En este sentido, a día de hoy, Reino Unido, Alemania y Los Países Bajos constituyen los foros en los que se sustancian la mayor parte de los casos³. Pero, no sólo estas prácticas de *forum shopping* han despertado la atención de la Comisión. La falta de uniformidad ha desatado el temor de incurrir en alguno de los excesos, normalmente atribuidos al sistema americano, en especial en relación al recurso colectivo (las famosas *class actions* norteamericanas) o al acceso a la información. No obstante, como tendremos ocasión de valorar con más detenimiento, la principal preocupación de las autoridades de competencia y, fundamentalmente, de la Comisión, ha sido que el ejercicio digamos, no homogéneo ni monitorizado, de acciones daños pudiera acabar afectando negativamente al correcto desarrollo de los programas de clemencia.

¹ Esta preeminencia se debe a las particulares características del sistema antitrust estadounidense, que favorecen el ejercicio de este tipo de acciones, como, *ad.ex.*, un amplio y generoso sistema de acceso a las pruebas (*discovery*), el mecanismo de *treble damages*, que permite al actor exigir el triple de los daños sufridos más el reembolso de unos honorarios legales razonables y el sistema de recurso colectivo o *class actions*. Vid. H.HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West, St.Paul, Minnesota, 2011, p. 652. Para estadísticas actualizadas sobre el número de acciones *antitrust* ejercitadas anualmente vid. www.uscourts.gov/library.

² Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd. v. Crehan*, C-436/1999. Sobre esta importante sentencia y su trascendencia en la conformación de la aplicación privada del Derecho de la competencia europeo, vid. A. KOMMINOS: *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts.*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008 pp. 162 y ss.

³ Vid. OCDE: *Relationship between public and private antitrust enforcement. Note by the Secretariat*. 11.06.2015, disponible en <http://www.oecd.org/officialdocuments/>

4. En noviembre de 2014 se aprueba la *Directiva 2014/104/UE sobre resarcimiento del daño por violaciones de la normativa antitrust*, que reabre el debate –nunca verdaderamente cerrado–, sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. A fin de poder valorar en su contexto las propuestas de la Directiva y las posibilidades de su transposición al ordenamiento jurídico español, conviene recordar el largo proceso recorrido y las distintas fases que ha atravesado la aplicación privada en Europa hasta llegar a la aprobación de la norma.

5. En el ámbito europeo se han venido dando desde comienzos de siglo una serie de pasos orientados a impulsar el ejercicio de acciones privadas por infracción de las normas europeas en materia de competencia, así como el papel de los jueces civiles en su aplicación. El punto de partida del *private enforcement* europeo viene determinado por el reconocimiento de la aplicabilidad directa de las normas de competencia en las relaciones entre particulares, reconocida en un primer momento por el Tribunal de Justicia⁴ y consagrada posteriormente por el Reglamento 1/2003⁵. Éste, al reconocer la eficacia directa de los artículos 81 y 82 (actuales artículos 101 y 102 TFUE) en toda su extensión, sustituyendo el sistema de autorización previa por uno de excepción legal, vino a reforzar el papel –hasta el momento casi nulo– de los jueces civiles en la aplicación de las normas de competencia. Ha sido precisamente, a través del reconocimiento de la eficacia directa de las normas de competencia, que el Tribunal de Justicia ha podido introducir en el ordenamiento comunitario la acción de resarcimiento promovida por un operador económico –empresa o consumidor– como consecuencia de una restricción ilícita de la competencia en el mercado común. Este derecho ha sido defendido expresamente en el caso *Courage* y consolidado, posteriormente en la célebre sentencia *Manfredi*⁶.

6. En segundo lugar, se abre un debate específico sobre la conveniencia de fomentar la aplicación privada y desde las instituciones comunitarias diversos documentos se irán sucediendo orientados a fortalecer en Europa este segundo brazo de *enforcement*, que desde una perspectiva eminentemente compensatoria (sin descuidar el eventual efecto disuasorio derivado) y junto a la aplicación pública contribuya al objetivo comunitario de garantizar un régimen de competencia no falseado en el mercado interior. En 2005 se publica el Libro Verde sobre acciones indemnizatorias⁷, en el que se identifican los obstáculos y barreras al ejercicio de acciones de daños y se proponen distintas soluciones o alternativas. Precedido por un nuevo documento de consulta (*Discussion Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*) en 2008 se aprueba un Libro Blanco⁸, donde se ofrecen ya medidas concretas orientadas a la creación y desarrollo de un sistema efectivo de aplicación privada de las normas de competencia en Europa. Este documento desató un intenso debate y levantó enormes –y, en apariencia, sólidas– expectativas sobre la pronta adopción de legislación comunitaria en este terreno. No obstante, tras la redacción de un primer borrador no oficial de Directiva de acciones resarcitorias y de la publicación de un informe no vinculante sobre criterios de cuantificación del daño⁹, el impulso normativo perdió fuelle y las prioridades del ejecutivo comunitario parecieron decantarse por intentar una armonización del recurso colectivo desde una perspectiva más general, que incluía también a la Dirección General de consumidores¹⁰. El proyecto de crear un marco normativo general sobre acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust* permaneció en un cajón... hasta hace muy poco.

⁴ Sentencia TJUE de 21 marzo 1974, *BRT/SABAM*, Asunto C-127/73; Sentencia del TJUE del 14 diciembre 2000, *Masterfoods Ltd. contra HB Ice Cream, Ltd.*, Asunto C-344/98.

⁵ Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁶ Sentencia TJUE de 13 julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Asuntos C-295/04 a C-298/04.

⁷ *Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19.12.2005, COM (2005) 672 final.

⁸ *Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2.4.2008, COM (2008) 165 final.

⁹ “Quantifying antitrust damages. Towards non-bidding guidance for courts”, diciembre 2009, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages>.

¹⁰ Vid. J. ALMUNIA: “Notas comunes sobre el recurso colectivo en la UE”, en L.A. VELASCO y otros (Dir.): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 43 y ss.

7. En junio de 2013, la Comisión publicó sus nuevas propuestas para el impulso y armonización de las acciones privadas. Propuestas de muy distinto nivel, ya que junto a un ambicioso Proyecto de Directiva, se publica una Comunicación sobre cuantificación de daños¹¹, relegándose la preocupación anterior –y, aparentemente, prioritaria- sobre acciones colectivas como instrumento de fomento de la aplicación privada a una mera Recomendación¹². La Directiva, de larguísimo título, *Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea* fue finalmente aprobada en noviembre de 2006, fijándose como plazo máximo para su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales, el 27 de diciembre de 2016. En España, el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, en cumplimiento del mandato comunitario, nombró una comisión especializada encargada de presentar un propuesta para la regulación en el ordenamiento jurídico español de las premisas de la norma comunitaria¹³. El 15 de enero de 2016, el Ministerio ha hecho pública la propuesta de ley de transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, en adelante PLTD¹⁴.

8. El objetivo del presente trabajo es, en primer lugar, el examen del contenido de la Directiva y de las principales cuestiones que puede plantear este texto, valorando no sólo su oportunidad, sino la medida en que las soluciones armonizadoras –y ahora sí, exigidas imperativamente- estaban ya contempladas en nuestro ordenamiento o, por el contrario, requerían de una respuesta normativa específica. En consonancia se examinará la recentísima Propuesta de Ley de transposición de la Directiva y las soluciones diseñadas por la Comisión especializada, para hacer efectivo el mandato comunitario. No obstante, antes de entrar a examinar el contenido de estos documentos, es conveniente partir de dos preguntas iniciales. En primer lugar, y en atención al largo periodo transcurrido hasta la aprobación definitiva de la Directiva, es oportuno valorar que ha ocurrido, entre tanto, en los Estados miembros –en nuestro caso, en España, en relación a la aplicación privada del Derecho de la competencia. ¿Cómo ha evolucionado ésta desde la apertura del debate hasta la publicación de la Directiva? A continuación, para poder valorar con cierta solidez y fundamento las propuestas y soluciones acogidas en el documento europeo, es preciso indagar sobre los objetivos perseguidos con el mismo y sobre los verdaderos motivos que han informado su aprobación.

2. Y... ¿mientras tanto?

9. En España se han producido modificaciones importantes en los últimos diez años que han favorecido un incremento significativo del hasta el momento, prácticamente inexistente, *private enforcement*. La aprobación de la Ley de Defensa de competencia de 2007 permitió solventar algunas de las disfunciones y obstáculos que al ejercicio de acciones de daños planteaba la regulación anterior. Así, se solventan las disfunciones, que se producían con la anterior ley, entre la aplicación de las normas de defensa de la competencia europeas y las nacionales y que suponían que si bien los Juzgados de lo mercantil eran competentes para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, no lo eran –o, al menos, nada se decía de forma expresa- respecto de la aplicación de los artículos nacionales paralelos (artículos 1 y 6 de la LDC 1989), por lo que ésta, en principio, permanecía

¹¹ Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2013/C 167/07).

¹² Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión.

¹³ Orden del Ministerio de Justicia de 16 de febrero de 2015, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación, una sección especial para la transposición de la Directiva 2014/101/UE, integrada por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Catedrático de Derecho Mercantil); R. ALONSO SOTO (Catedrático de Derecho Mercantil); A. CALVO CARAVACA (Catedrático de Derecho Internacional Privado); I. DIÉZ PICAZO (Catedrático de Derecho Procesal), F. GASCÓN INCHAUSTI (Profesor Titular de Derecho Procesal); J. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Subdirector General de Política Legislativa) y un funcionario del Ministerio de Economía y Competitividad.

¹⁴ La PLTD está disponible en la página Web del Ministerio de Justicia.

dentro de la competencia de los tribunales civiles ordinarios. Esta situación se resuelve en la ley, en la que se unifica la competencia de los Juzgados de Mercantil¹⁵.

10. En segundo lugar, con la ley de 2007 se elimina uno de los obstáculos más importantes al ejercicio de acciones indemnizatorias por infracción de las normas nacionales de competencia y que suponía, además, un tratamiento diferenciado entre normas europeas y nacionales carente de justificación. Si bien en el caso de los artículos 101 y 102 TFUE, al ser éstos directamente aplicables por los tribunales nacionales, era posible ejercitar acciones indemnizatorias, tanto de seguimiento, derivadas o *follow-on* (la acción es interpuesta después de que una autoridad de competencia haya constatado una infracción) como independientes o *stand-alone* (no existe un pronunciamiento administrativo previo), la anterior ley española de competencia posibilitaba únicamente el ejercicio de acciones de seguimiento, ya que exigía (artículo 13 LDC 1989) como requisito previo al ejercicio de una acción por daños y perjuicios la existencia de decisión firme en el ámbito administrativo y, en su caso, judicial. Este tratamiento diferenciado se elimina en la nueva ley, que suprime la necesidad de previo pronunciamiento administrativo para poder ejercer acciones de privadas de naturaleza indemnizatoria.

11. La LDC no contempla a día de hoy normas o reglas específicas sobre acciones de resarcimiento de daños derivados de ilícitos *antitrust*. A éstas les son de aplicación las reglas civiles generales en materia de responsabilidad contractual y, fundamentalmente, extracontractual, previstas en el CC¹⁶. La PLTD, como tendremos ocasión de analizar, revierte esta situación y lleva a la LDC la regulación de las acciones de daños, mediante la inclusión de un título específico, de forma análoga a la solución adoptada en áreas cercanas, como la competencia desleal, sobre compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia, en el que se intenta recoger todo lo relativo a estas acciones desde una perspectiva sustantiva –o mayormente, sustantiva-, remitiendo la regulación de los aspectos más puramente procesales, como la prueba, a la LEC.

12. El examen de la práctica judicial de los últimos años, tras las reformas legislativas planteadas, arroja resultados significativos. Por una parte, es cierto que se observa un incremento significativo en la interposición de acciones civiles *antitrust*¹⁷. Ahora bien, el resultado de estos procedimientos no puede, ciertamente, considerarse satisfactorio. La tasa de éxito es muy diversa según se trate de acciones independientes o *stand alone* (23,6%) o de seguimiento o *follow on* (en éstas el resultado se eleva notablemente hasta el 66,7% de los casos¹⁸). Pese a ello, en los escasos asuntos en los que los demandantes han obtenido una resolución favorable por parte de los jueces, la mayor parte han concluido con una declaración de ilicitud de la conducta y de nulidad de las cláusulas anticompetitivas de los contratos. Sólo en un reducido número de casos, siendo los más significativos los procedimientos entablados a partir de la sanción administrativa del cártel del azúcar, se ha reconocido el derecho al resarcimiento por los daños causados.

¹⁵ Disposición adicional primera: *De acuerdo con los dispuesto en el artículo 86 ter 2 letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente ley.*

¹⁶ La aplicabilidad a estas acciones de las normas en materia de responsabilidad contractual o extracontractual no ha sido una cuestión pacífica. El recurso a unas normas u otras tiene enorme incidencia en la práctica, fundamentalmente en relación a los plazos de prescripción de las acciones. El Tribunal Supremo ha tratado de zanjar las dudas existentes, affirmando expresamente la aplicabilidad a las acciones de daños antitrust de las normas de *tort law*, terminología anglosajona equivalente a la responsabilidad extracontractual continental (Sentencia del TS de 8 de junio 2012, *Acor*, rec.núm. 2163/09).

¹⁷ Vid. F. MARCOS FERNÁNDEZ: “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española*, ICE, núm. 876, 2014, pp. 133 y ss.; IDEM: “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012), *Global Competition Law Review*, vol. 182 (4), 2013, pp. 167 y ss.; F. DÍEZ ESTELLA/C. ESTRADA MERAY: “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 15, 2014, pp. 189 y ss.; P. YANES YANES: “Aplicación privada antitrust, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de siglo?”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 9, 2011, pp. 133 y ss.

¹⁸ Vid. F. MARCOS FERNÁNDEZ: “Competition Law Private Litigation...”, cit., pp. 171 y ss.

3. Y... ¿por qué ahora?

13. Una primera duda que nos surge es en relación a la propia finalidad de la Directiva y al momento en que se realiza la propuesta, ¿por qué ahora? ¿Por qué de repente, se retoma una iniciativa legislativa adormecida? La Directiva proclama como sus objetivos principales, en primer lugar, optimizar la interacción entre la aplicación pública y privada de las normas de competencia de la UE y, en segundo lugar, garantizar el ejercicio eficaz del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento. Este objetivo de lograr un adecuado equilibrio entre aplicación pública y privada, de tal modo que no se produzcan interferencias entre ambas que dificulten su efectivo desarrollo, tiene uno de sus puntos de fricción más importante en los programas de clemencia¹⁹.

14. Ya desde el Libro Verde, las autoridades comunitarias han venido expresando sus temores de que la proliferación de acciones indemnizatorias pudiera acabar repercutiendo negativamente en la eficacia de los programas de clemencia. La mayor exposición del solicitante de clemencia frente a otros cartelistas puede conducir a que frente a él se dirijan preferentemente estas acciones de daños, disminuyendo así sus incentivos para presentar solicitudes de clemencia y cooperar en la detección del cártel²⁰. Esta preocupación, siempre latente, se acrecentó, tras dos importantes resoluciones, respondiendo a cuestiones prejudiciales, del TJCE. En el caso *Pfleiderer*²¹, el Tribunal descarta, en el primero, desde el Derecho europeo, la necesidad general de una protección absoluta de las informaciones obtenidas en el marco de un programa de clemencia y remite a los tribunales de los Estados miembros para que determinen, en función de las circunstancias concretas del caso, sobre la conveniencia o no de permitir el acceso a los documentos de clemencia. El caso *Donau*²² va todavía más allá, al considerar que una norma –en este supuesto, austriaca- que haga prácticamente imposible el acceso a documentos de clemencia es incompatible con el Derecho europeo. Estos casos activaron todas las alertas de la Comisión –y de las autoridades de la competencia nacionales- y la necesidad de proteger los exitosos programas de clemencia –pieza clave en la detección y sanción de conductas cartelísticas- parece ser el motor –no reconocido expresamente- que volvió a poner en marcha el proceso normativo en materia de acciones de daños.

15. La Directiva se encarga de fijar de forma imperativa, es decir, de crear esa norma que los tribunales no encontraron en el Derecho europeo: la protección absoluta de la confidencialidad de los documentos del programa de clemencia. En este sentido, dentro de las detalladísimas reglas referidas a la exhibición de medios de prueba, establece que los Estados miembros tienen que velar porque los ór-
ga-

¹⁹ Los programas de clemencia, conocidos como *leniency programmes*, nacen en la experiencia estadounidense y constituyen un eficaz medio de desestabilización de acuerdos secretos colusorios entre competidores. La finalidad de estos programas es inducir a las empresas participantes en un cártel a colaborar de forma activa y determinante en su detección y sanción, a cambio de la exención –o de una reducción sustancial- de las multas aplicables a estas violaciones. En la Directiva (artículo 2.15) se definen como “todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 TFUE o de una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que el mismo conozca del cártel y su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma”.

²⁰ Sobre la posible incidencia negativa entre acciones de resarcimiento antitrust y programas de clemencia, vid. F. CACHAFEIRO: “La confidencialidad de los documentos del programa de clemencia”, en A. FONT I RIBASA/S. GÓMEZ TRINIDAD (coord.): *Competencia y acciones de indemnización*, Marcial Pons, Madrid, 2014; J. SUDEROW: “El acceso a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia” en L.A. VELASCO et alt. (dirs): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 535 y ss.; P. RUBIANO: “Programas de clemencia y reparación del daño antitrust” en L. A. VELASCO et alt. (dirs): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, cit. pp. 789 et ss.; F. DÍEZ ESTELLA/P. PÉREZ FERNÁNDEZ: “La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el Derecho de defensa de la competencia?”, RAUE, núm. 7, 2014, pp. 41 y ss.; P. PÉREZ FERNÁNDEZ: “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”, Indret, 1, 2013, pp. 1 y ss.; A. KOMMINOS; *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts.*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, pp. 20 y ss.

²¹ Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, Asunto C-360/09.

²² Sentencia del TJUE de 6 de junio 2013, *Donau Chemie AG*, Asunto C-536/11.

nos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar la exhibición a una parte o a un tercero de las declaraciones corporativas en el marco de un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción. Es más, la protección del solicitante de clemencia no se agota en materia de acceso a la información, sino que la Directiva recoge además, en relación a éste, diversas técnicas de modulación de la nueva regla general de responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras del Derecho de la competencia. La sensación general que se desprende del texto finalmente adoptado es, por tanto, que más que en incentivar realmente la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa, la Comisión está más interesada en asegurar una protección efectiva de los programas de clemencia²³.

16. Al margen de que la tutela de la clemencia sea claramente reconocible como pilar básico de la Directiva, en ella se abordan también diversas cuestiones problemáticas, tanto de naturaleza procesal como sustantiva, que habían venido siendo resueltas, con alcance y resultados muy diversos por los tribunales y legisladores de los distintos Estados miembros.

4. La Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva

17. El Ministerio de Justicia ha hecho pública el 15 de enero la *Propuesta de Ley de la Sección Especial para la transposición de la Directiva 2014/104/UE, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea* (PLTD). La propuesta da cumplimiento al encargo del Ministerio de Justicia a la comisión especializada (*supra*) de buscar el mecanismo más adecuado para dar cumplimiento al mandato comunitario y encajar en el ordenamiento jurídico español las exigencias de naturaleza procesal y sustantiva contempladas en la Directiva. En la PLTD se ha descartado la regulación de todos los aspectos en un único texto y se ha optado por incorporar las normas sustantivas en la Ley de defensa de la competencia (LDC) y las cuestiones de naturaleza procesal en la LEC.

18. La modificación propuesta de la LDC más importante²⁴, consiste en la introducción de un nuevo Título, concretamente, el Título VI, denominado: “*De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia*” que en once artículos, recoge la totalidad de las cuestiones planteadas en la Directiva en relación a las acciones de daños, con la única excepción de las disposiciones en materia de acceso a pruebas, cuya regulación se remite a la LEC. Un primer examen de este Título revela un apego estricto al contenido –e, incluso a la redacción- de la norma europea. Si bien es cierto que la Directiva deja poca libertad a los Estados miembros en la incorporación de sus disposiciones²⁵, como regla general, con la excepción más significativa de la fuerza vinculante de las resoluciones de las autoridades administrativas extranjeras, en la Propuesta se ha optado por no separarse de la norma europea ni en los escasos campos en los que se confería mayor flexibilidad a los Estados miembros (*ad.ex.* en relación a los términos de prescripción). Tampoco se ha aprovechado esta ocasión para introducir la regulación de cuestiones que, aunque hayan quedado fuera de la Directiva, son de enorme interés para el ejercicio de las acciones de resarcimiento por ilícitos *antitrust*, como, fundamentalmente, el recurso colectivo, superando algunos de los inconvenientes que plantea la actual regulación procesal general.

19. Las normas contenidas en el Título VI son de aplicación, no sólo a las reclamaciones de daños por vulneración de las normas comunitarias de competencia, sino también a las reclamacio-

²³ Vid., en este mismo sentido: V.SOPEÑA/G.MARTÍN: “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, 16, 2016.

²⁴ La propuesta también va a modificar el artículo 64 LDC que regula los criterios para la determinación del importe de las sanciones, introduciendo como causa atenuante cualificada, la existencia de un pago resarcitorio previo.

²⁵ H. BROKELMANN la califica de “Directiva reglamentaria”, vid. H. BROKELMANN: “La Directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015, p.1.

nes de daños causados por infracciones de la LDC española, incluida, pese a contar con una acción específica en la LCD, las de los daños derivados de una falseamiento de la competencia por actos desleales²⁶.

20. El grueso de la propuesta se concentra en la modificación de la LEC y en la regulación del acceso a las fuentes de prueba en poder de la contraparte o de un tercero. La propuesta introduce modificaciones procesales de gran envergadura y en este campo sí se va mucho más allá de las exigencias europeas. Concretamente, se ha aprovechado la trasposición para incorporar en la LEC una regulación novedosa en materia de acceso a las fuentes de prueba, aplicable con carácter general, en cualquier ámbito de la legislación mercantil y civil. Se añade a la LEC una nueva Sección dentro del Capítulo dedicado a la prueba, titulada :“*Del acceso a las fuentes de prueba*”, estructurada, a su vez, en tres subsecciones. En la primera de ellas, la más polémica, se contienen disposiciones generales que comprenden, entre otras cuestiones: los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, una lista ejemplificativa de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción de su práctica. Las otras dos subsecciones contienen, respectivamente, las especialidades en materia de propiedad intelectual e industrial y en materia de acciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la competencia. Se da así cumplimiento, en esta última subsección, al mandato europeo de protección de las informaciones contenidas en un expediente de una autoridad de competencia, especialmente en relación a las solicitudes de clemencia.

21. Finalmente, la disposición adicional tercera recoge, alejándose de las técnicas legislativas tradicionales, el listado de definiciones recogido en la Directiva a efectos de introducirlo en el ordenamiento jurídico español y facilitar la labor interpretativa de jueces y tribunales en los procedimientos por daños antitrust. Ahora bien, esta inclusión se realiza en el vacío, pues no se prevé, de aprobarse la propuesta un encaje normativo específico de estas definiciones que, a nuestro juicio, deberían recogerse expresamente en la LDC o si son, de carácter procesal, en la LEC. Ello, sin perjuicio del difícil anclaje que puede tener, en nuestra opinión, la importación automática en el ordenamiento nacional de una lista de definiciones diseñada fundamentalmente para facilitar la trasposición “armonizada” de la Directiva en los distintos Estado miembros (“armonización de lo armonizado”).

II. Aspectos procesales

1. Acceso a pruebas

A) La solución de la Directiva

22. Una de las áreas en las que más se evidencia la difícil interacción entre *public* y *private enforcement* es en el acceso a las pruebas por parte de los sujetos perjudicados como consecuencia de una violación de las normas de competencia. Las acciones de daño *antitrust* requieren usualmente, un complejo análisis fáctico y económico, y una laboriosa y extenuante actividad probatoria. El principal problema que se plantea es que, generalmente, los elementos de prueba necesarios para comprobar la solidez de una pretensión de resarcimiento están en poder, exclusivamente de la otra parte o de un tercero, y no son suficientemente conocidos ni accesibles para el actor. La Directiva trata de mitigar los problemas derivados de esta asimetría informativa, a través de una detalladísima regulación del acceso a las pruebas que, bajo una estricta supervisión judicial, pretende encontrar un punto de equilibrio entre la importancia de garantizar a los demandantes el derecho a obtener la divulgación de información relevante para sus pretensiones y el riesgo de incurrir en los denunciados excesos de un sistema de *disclosure* excesivamente amplio como el estadounidense.

²⁶ Disposición adicional primera de la PLTD.

23. En este sentido, en la norma se detalla quienes son los sujetos legitimados para solicitar la exhibición de las pruebas, cuándo debe ser ésta ordenada por el juez y los elementos que tienen que ser ponderados para garantizar el acceso a los documentos²⁷. Igualmente, se contemplan sanciones en los casos de incumplimiento del requerimiento de exhibición de pruebas, destrucción de pruebas pertinentes, incumplimiento de las obligaciones impuestas por el juez nacional en tutela de la información confidencial o, incumplimiento de los límites sobre el uso de pruebas (artículo 8).

24. Dado que la mayoría de las acciones resarcitorias promovidas en relación a ilícitos *antitrust* son acciones de seguimiento o *follow-on*, las cuestiones relativas al acceso a las pruebas se plantean, en gran medida, en relación al acceso a los actos y documentos contenidos en los expedientes de instrucción de una ANC o de la Comisión y, entre éstos, a los *corporate statements* y a los documentos voluntariamente proporcionados por empresas que hayan solicitado un tratamiento favorable.

25. La controvertida cuestión del acceso, por parte de terceros, a las pruebas contenidas en un expediente de una ANC, se resuelve estableciendo:

- Una *protección absoluta* contra cualquier exhibición o *disclosure* de las declaraciones oficiales de empresas en el marco de un programa de clemencia²⁸ (*leniency corporate statements*) y las solicitudes de transacción²⁹ (*settlement submissions*). Los programas de clemencia y los procedimientos de transacción son instrumentos de enorme importancia en la aplicación pública del Derecho de la competencia europea, especialmente, en relación al objetivo de lucha contra los cárteles. Las empresas podrían ser reacias a colaborar con las autoridades a través de un programa de clemencia o de un *settlement* si fueran objeto de divulgación, declaraciones en las que se contengan pruebas autoincriminadoras, como las declaraciones vinculadas a un programa de clemencia o las solicitudes de transacción, elaboradas únicamente a efectos de cooperación con la administración. Dicha divulgación implicaría el riesgo de que las empresas que han colaborado con las autoridades de competencia se encontrarían más expuestas y, por tanto, en una situación peor, que los coautores de la infracción que no han prestado esa ayuda.
- Análogamente, se reconoce una *protección temporal*, hasta la finalización del procedimiento administrativo, en relación a la información preparada por una persona física o jurídica a los solos fines del procedimiento (*ad.ex.* las respuestas de las partes a una solicitud de información) o elaboradas por una ANC en el curso de dicho procedimiento (*ad.ex.* pliego de cargos). La finalidad, en este caso, es impedir que la solicitud de información pueda interferir, de manera indebida, con una investigación en curso de la autoridad de competencia.
- Finalmente, se prevé con carácter general, el acceso a toda la información contenida en un expediente de la autoridad de competencia, siempre que el actor haya presentado una solicitud motivada sobre hechos y pruebas razonadamente disponibles que sean suficientes para sostener la viabilidad de la demanda y que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en medida razonable, de aportar dichas pruebas.

²⁷ En el artículo 5.3 de la Directiva se establece que la exhibición se acordará siempre que la misma resulte proporcionada. A fin de valorar la proporcionalidad, el juez deberá tener en cuenta los intereses legítimos de todas las partes y de los terceros interesados y, en particular: a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas; b) el alcance y el coste de la exhibición de pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado y, c) las normas de confidencialidad que afectan a la información contenida en alguna de las pruebas.

²⁸ Por declaración en el marco de un programa de clemencia se entiende: “una declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia” (Directiva. Artículo 2. 16).

²⁹ Una solicitud de transacción hace referencia a “toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de la competencia en la que se reconozca o renuncie a discutir su participación y responsabilidad en una infracción del Derecho de la competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de la competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado” (Artículo 2. 18 Directiva).

26. En principio, podría pensarse que la incorporación de estas disposiciones comunitarias sobre la divulgación de las pruebas en el ordenamiento español no resultaba particularmente disruptiva. Con carácter general, el sistema procesal español cuenta con mecanismos adecuados en materia de acceso y ponderación de las pruebas por parte de jueces y tribunales (principio de facilidad probatoria, posibilidad, en determinados casos de adoptar medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba reguladas en los artículos 293 y ss. LEC, el deber general de cooperación con las autoridades judiciales del artículo 118 CE, etc.). Junto a estos principios generales, la LEC regula el deber de exhibición de documentos en poder de la contraparte o de terceros (artículos 328 y ss.). Por lo que al acceso de documentos *inter partes* se refiere, la exhibición ha de ser solicitada al órgano judicial quien estimará o no su conveniencia. La ley exige la perfecta identificación del documento cuya exhibición se pretende, en principio, mediante una copia o, en ausencia de la misma, mediante su descripción detallada (artículo 328 LEC). En el caso de negativa injustificada a la exhibición y desde el punto de vista de la eficacia probatoria, la Ley permite al juez dar fuerza probatoria plena a la copia del documento requerido o a la versión que del contenido del mismo haya dado la parte que pretende la exhibición (artículo 329 LEC)³⁰.

27. No obstante, de la Directiva se deducen una serie de exigencias que no estaban previstas en el ordenamiento español y que exigían necesariamente la introducción de cambios. En este sentido, es preciso regular de manera específica, al menos³¹ la prohibición absoluta de *disclosure* de la información obtenida en el marco de un programa de clemencia, ya que no existe ninguna norma que contemple esta cuestión. La LDC limita la protección de las declaraciones de los solicitantes de clemencia al procedimiento administrativo, pero no la extiende a los demandantes de daños derivados de infracciones de la competencia. El único texto que contenía una solución en línea con la prevista en la Directa era una Comunicación de la extinta CNC³², carente de valor normativo, en la que se negaba el acceso a terceros de las declaraciones de los solicitantes de clemencia³³.

28. En segundo lugar, el procedimiento previsto en el texto europeo permite un acceso mucho más amplio a los documentos. De hecho, en el ordenamiento procesal español no se recogen dos medidas que la Directiva posibilita de forma expresa: el acceso a categorías de documentos y la eventual exhibición documental con carácter previo al juicio que parece deducirse del artículo 7.3 de la Directiva. Por último el régimen de sanciones europeo es mucho más riguroso en la delimitación de las posibles consecuencias adversas del incumplimiento que el previsto en la LEC.

29. ¿Qué ha hecho la PLTD al respecto? Si bien en el ámbito denominado “sustantivo” la PLTD se limita prácticamente a reproducir el articulado de la Directiva, recogiendo todas las propuestas en el nuevo título cuya inclusión a la LDC se propone, la propuesta procesal es mucho más ambiciosa y rompedora. Ésta se concreta en una reforma de la LEC en materia de acceso a las fuentes de prueba, dividida en tres partes. Una primera de carácter general que afecta a todos los litigios civiles y mercantiles, y

³⁰ En la LP (artículo 63) y en la LM (artículo 43.3) se recoge de forma expresa la posibilidad de los titulares del derecho de propiedad industrial de exigir al responsable de la infracción de su derecho la exhibición de documentos, a fin de proceder a la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos. Esta regulación es fruto de la incorporación en el ordenamiento jurídico español de los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 *relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*, a cuya incorporación obedecen los artículos 43.4 LM, 65 LP y 54.4 LDI. Con carácter general, sobre la repercusión en nuestro ordenamiento jurídico de esta Directiva, vid. D. PELLISE URQUIZA: “Incidencia en el Derecho Procesal español de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual” en AA.VV.: *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y Derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, 2005, pp. 795 y ss.

³¹ La legislación española no contempla, por el momento, la figura del *settlement*, de frecuentísimo uso por parte de la Comisión.

³² Comunicación de 19 de junio 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia in <https://www.boe.es/boe/dias/2013/08/16/pdfs/BOE-A-2013-9022.pdf>

³³ “Respecto de las acciones de daños y perjuicios que pudieran plantearse en relación con infracciones de cártel sancionadas en procedimientos de competencia en los que se hayan presentado solicitudes de clemencia, la CNC no facilitará copias de las declaraciones de los solicitantes de clemencia, pues ello operaría en detrimento de la eficacia del programa de clemencia”.

dos especiales, en las que se tienen en cuenta las particularidades existentes en el marco de la propiedad industrial e intelectual así como en el caso de acciones por daños derivados de ilícitos *antitrust*. En el apartado siguiente de este trabajo se analiza, con un cierto detenimiento y desde una perspectiva crítica, la propuesta de modificación de la LEC que, con carácter general afecta al acceso a las fuentes de prueba. La regulación “novedosa” que se propone parece encontrar un cierto reflejo en la técnica del *discovery* americano y, como tendremos ocasión de desarrollar posteriormente, su inclusión en nuestro Derecho puede plantear algunas fricciones.

30. Pese a la existencia de una regulación de carácter general, se ha optado por incluir disposiciones específicas en materia de competencia. A esta finalidad obedece la propuesta de una Subsección en la que se contemplan diversas cuestiones que afectan a las medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. A esta subsección se han reconducido, de forma prácticamente literal, las disposiciones previstas en la Directiva, fundamentalmente lo referido al acceso a la información contenida en el informe de una ANC y, señaladamente, la protección absoluta y relativa de información analizada en apartados anteriores.

B) La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba

a) Objetivo y sistemática de la propuesta

31. La PLTD ha optado por incluir en la LEC las modificaciones procesales que deben producirse como consecuencia de la integración de la Norma comunitaria en el ámbito interno. En este sentido establece una serie de disposiciones para facilitar el acceso a pruebas que obran en poder de la otra parte o de un tercero en procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia. La propuesta ha estimado conveniente no continuar con la línea legislativa instaurada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, *por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios*, que se decantó por garantizar el cumplimiento de las exigencias de acceso a información y prueba en los procesos por infracción de las normas de propiedad intelectual e industrial incluyendo previsiones específicas dentro de los institutos procesales existentes que, de este modo, resultaban conservados. En este sentido se afirma que seguir el mismo criterio en el presente caso generaría distorsiones y agravios comparativos respecto de los demás ámbitos de la litigación civil y mercantil, donde los justiciables disponen de pocas herramientas eficaces para acceder a las fuentes de prueba que obran en poder de la contraparte o de terceros. En conclusión se opta por incorporar en la LEC una regulación novedosa en materia de acceso a las fuentes de prueba que será aplicada de forma general y en la que se determinan, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, todo ello modulado e informado por el principio de proporcionalidad.

32. La Propuesta de trasposición de la Directiva se decanta, por tanto, por suprimir dos instituciones que ofrecen gran utilidad en este ámbito y que presentan algunos puntos de conexión: las diligencias preliminares y la exhibición de documentos a efectos probatorios cuando obran en poder de la otra parte o de un tercero, de forma que resultan derogados los arts. 256 a 263, relativos a las primeras, y los arts. 328 a 333 referidos a la segunda, todos ellos de la LEC³⁴. Se introduce, en su lugar, una Sección 1^a bis dentro del Capítulo V (alusivo a las disposiciones generales de la prueba), del Título I, (disposiciones comunes a los procesos declarativos), del Libro II (de los procesos declarativos) intitulada “Del acceso a las fuentes de prueba” en la que se incluye aspectos y contenidos propios de una y otra figura, junto con determinadas previsiones específicas³⁵.

³⁴ Vid. Disposición Derogatoria única 2 de la Propuesta.

³⁵ Desde el punto de vista sistemático, la Sección 1^a bis consta de 3 apartados: la Subsección 1^a, donde se regulan las

b) Contenido y finalidad de las diligencias preliminares y de la exhibición de documentos a efectos probatorios

33. Para analizar la pertinencia de la regulación prevista en la Propuesta de trasposición de la Directiva es preciso realizar una aproximación, siquiera somera, al concepto, contenido y finalidad de las figuras que resultan afectadas. Se trata de dos institutos distintos en su operatividad procesal y en el fin que están llamados a cumplir.

34. Las diligencias preliminares (arts.256 a 263 LEC) son una actividad preprocesal cuyo objeto es, precisamente, que el solicitante pueda conocer determinados aspectos relevantes relativos a la capacidad, legitimación, etc. que le permitan preparar el ulterior juicio u obtener información sobre la viabilidad y la conveniencia de entablarlo³⁶. Con ellas no se incoa ningún proceso porque no se ejerce ninguna pretensión ni sus decisiones tienen eficacia de cosa juzgada. Tampoco son, en sí mismas, un instrumento idóneo para asegurar la fuente de prueba o anticipar la práctica del medio de prueba. Su objetivo no es la obtención de pruebas ni se identifican con las medidas cautelares, ya que éstas están preordenadas a garantizar la efectividad de la tutela que se dicte en el proceso principal en el que se acuerdan³⁷.

35. La exhibición de documentos (arts. 328 a 333 LEC) es una modalidad de práctica de la prueba documental, una actividad netamente procesal, por tanto, (salvo los supuestos de conformación como prueba documental anticipada solicitada antes de la incoación del proceso) que, a diferencia del caso anterior, no presenta una finalidad propedéutica consistente en la preparación del proceso, sino que ésta consiste en permitir el acceso a determinadas fuentes de prueba de las que no dispone la parte para que puedan ser introducidas procesalmente a través del oportuno y pertinente medio probatorio³⁸. Todo ello a efectos de fundamentar la pretensión/defensa y obtener así una resolución favorable.

c) Conveniencia de una regulación como la contenida en la PLTD

36. Perfilado en sus líneas esenciales el contenido de las dos figuras afectadas por la reforma es preciso analizar si es necesario, o siquiera conveniente, optar por una regulación como la contemplada en la PLTD. Apuntamos algunos aspectos problemáticos a este respecto, prescindiendo de aquella regulación que, a nuestro modo de ver, no genera fricciones en su aplicación.

37. Con carácter previo al examen anunciado es preciso advertir que la Directiva alude en su contenido exclusivamente a la “exhibición de pruebas”³⁹, lo que evidencia que no era necesario-o al menos no era imprescindible- afectar a la regulación propia de las diligencias preliminares, ya que la finalidad fundamental de éstas es, como acaba de verse, la preparación del potencial proceso posterior no guardando, por tanto, una relación necesariamente esencial ni directa con el acceso a la prueba.

38. No compartimos la afirmación de que para trasponer la Directiva no es conveniente forzar la inclusión de su contenido en las instituciones preexistentes tal y como se hizo con las diligencias en materia de patentes, propiedad industrial e intelectual y ello por varias razones:

“Disposiciones generales”, (arts. 283 bis a) a 283 bis n)), la Subsección 2^a que incorpora las “Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial”, (arts. 283 ter a) a art. 283 ter f) y la Subsección 3^a, que contiene “Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia”, (arts. 283 quater a) a art. 284 quater e). Se incluyen, además, tres Disposiciones adicionales, una disposición transitoria única, la disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

³⁶ Vid. J. MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 150; M. ORTELLS RAMOS/R. BELLIDO PENADÉS; *Derecho Procesal Civil*, 14^a ed. Cizur Menor, 2015, p. 249.

³⁷ Vid. F. MARÍN CASTÁN (Dir.): *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1274.

³⁸ Vid. J. MONTERO AROCA, *cit.*, pp. 228-229.

³⁹ Vid. al respecto tanto la explicación contenida en los Considerandos de la Directiva como el Capítulo II intitulado “Exhibición de las Pruebas” y, en especial, los arts. 5 a 7.

En primer lugar, porque, precisamente y como acaba de decirse, existía el antecedente propio de Ley 19/2006, de 5 de junio, que no “forzando” las previsiones existentes, incorporó la normativa comunitaria sin operar una modificación tan drástica como innecesaria.

En segundo lugar, porque se ha cambiado todo para, en alguna manera, concluir manteniéndolo igual. A este respecto se observa que, si bien las diligencias preliminares dejan de existir como tales, su contenido ha sido netamente incorporado al art. 283 bis g) bajo el título de “medidas específicas de acceso a fuentes de prueba” con dos modificaciones: la primera se refiere a la sustitución del actual enunciado “todo juicio podrá prepararse” por el de “podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas de acceso a fuentes de prueba”; la segunda se refiere a la inclusión de forma novedosa de las medidas de acceso a fuentes de prueba relativas a las acciones de resarcimiento de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia (art. 283 bis g) *in fine*), remitiendo a las subsecciones 2º y 3º, respectivamente, para su regulación y régimen en procesos relativos a la propiedad intelectual e industrial y en procesos para el ejercicio de acciones de daños por violación del derecho de la competencia.

Ciertamente, la materia propia del Derecho de la competencia presenta unas peculiaridades que exigen un tratamiento específico y contextualizado, pero ello no justifica operar una inversión de los términos estableciendo éste como régimen general, porque su aplicación indiscriminada genera, como se verá a continuación, importantes disfunciones.

39. En otro orden de cosas, la PLTD ha procedido a adaptar la aludida mención a la “exhibición de pruebas” a nuestro ordenamiento procesal “rebautizándola” bajo la fórmula de “acceso a las fuentes de prueba”, entendiendo que éstas se identifican, según la Exposición de Motivos II, párrafo 8º, con “todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno”. De este modo se quiere respetar la tradicional distinción entre fuentes de prueba -elementos que existen en la realidad con anterioridad al proceso- y medios de prueba -conceptos jurídicos que sólo existen en el proceso, y que se conforman como los instrumentos procesales a través de los cuales se incorporan las fuentes a aquél⁴⁰. La adaptación realizada por la Propuesta de trasposición es del todo acertada ya que la referencia a la exhibición de las pruebas que regula la Directiva se identifica con el acceso a las fuentes de prueba en Derecho español.

40. No obstante estos aspectos positivos, la refundición de las dos instituciones aludidas (diligencias preliminares y exhibición de documentos) en un conjunto de actuaciones englobadas por la fórmula de “medidas de acceso a las fuentes de prueba (arts. 283 bis a) y ss)” con especial mención a específicas fuentes de prueba (art. 283 bis g) genera una serie de problemas que guardan relación, entre otros aspectos, con el momento procesal de operatividad de cada una de ellas y con la diversa finalidad que están llamadas a cumplir. Abordamos a continuación estas cuestiones.

41. En primer lugar, puede parecer carente de sentido aludir a la finalidad de las diligencias preliminares cuando de prosperar la regulación contenida en la PLTD resultarían derogadas. Ha de apuntarse, no obstante, que el hecho de que dejen de existir formalmente no supone que deje de ser necesaria su existencia. Su supresión formal no resuelve, por tanto, el problema real de su imprescindible presencia, ya que el futuro actor que pretenda entablar de forma solvente un proceso puede seguir precisando de información que no obre en su poder.

42. En segundo lugar, el art. 283 bis a) permite que el actor, demandado o sujeto que se proponga demandar solicite al órgano judicial la adopción de todas aquellas medidas necesarias para acceder a las fuentes de prueba en poder de la otra parte o de terceros que, a juicio del tribunal, permitan al solicitante tomar conocimiento de documentos, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la

⁴⁰ Vid. J. MONTERO AROCA. *cit.*, p. 196 “Con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal (Sentís Melendo)”.

imagen, instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, informes periciales, testigos, sujetos que podrían ser interrogados como parte y reconocimientos judiciales, si bien el acceso a la fuente no exime a la parte solicitante de proponer regularmente el medio de prueba pertinente. El precepto incorpora una regulación coordinada de la solicitud de fuentes de prueba para proceder a su pertinente encaje procesal a través de correspondiente medio de prueba previsto en el art. 299 LEC.

43. Esta última afirmación supone concluir, en tercer lugar, que el objetivo de todas las medidas previstas es acceder a fuentes de prueba entendidas como “todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno” de forma que quien formule la solicitud, ha de acreditar que las medidas son necesarias para la ulterior proposición de medios de prueba pertinentes y útiles en el proceso pendiente o que se vaya a incoar (art. 283 bis c) 1.a))⁴¹.

De ser esto así, en esta regulación no tendría cabida la petición de información para iniciar el proceso, propia de las diligencias preliminares porque su finalidad directa no es obtener fuentes de prueba para contribuir a formar la convicción judicial⁴², sino disponer de determinados datos (relativos, por ejemplo, a la capacidad, representación, legitimación, etc.) para, en su caso, instar la iniciación del proceso. La consecuencia relevante en este punto es que podrán ser judicialmente inadmitidas las solicitudes enderezadas a preparar el proceso porque no se acomodan al *telos* que contempla la norma y, consecuentemente, quien se plantea documentarse para decidir sobre la iniciación de un proceso puede resultar privado de datos esenciales para hacerlo.

44. En cuarto lugar, la PLTD establece una regulación común que permite que las medidas de acceso a las fuentes de prueba puedan ser solicitadas al tribunal por el actor, por el demandado, pero también por todo sujeto que se proponga demandar (art. 283 bis a) 1). Es en este último supuesto, en el que encajarían las actuales diligencias preliminares ya que siempre operan antes de la demanda con la finalidad de preparar el proceso, mientras que las medidas solicitadas en la demanda por el actor, o en la contestación por el demandado, tienen por objeto, en su caso, preparar la prueba en un proceso ya existente. La previsión de un régimen indiscriminado en este punto, puede acarrear disfunciones en cuanto a las consecuencias que de ello se derivan como se expondrá a continuación.

44.1. El art. 283 bis j) regula el momento para la solicitud de acceso a fuentes de prueba disponiendo que ésta puede formularse antes de la incoación del proceso, en la demanda o pendiente el proceso. En el primer supuesto, el solicitante debe indicar las acciones que pretende ejercitar entendiendo la PLTD que, en este caso, la solicitud dará comienzo a la litispendencia siempre que se establezca con claridad lo que se vaya a ser objeto del proceso. A nuestro modo de ver, y conforme al art. 410 LEC, la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda si ésta es admitida. Dicho de otro modo, hay litispendencia cuando existe un litigio pendiente no cuando, como puede suceder en algunos casos, simplemente se solicita información para decidir si incoarlo⁴³. La crítica, en este punto es que la solicitud de información para iniciar el proceso dirigida al tercero o a la otra parte a través del juez no “procesaliza” la situación, sino que simplemente la “judicializa”.

44.2. El art. 283 bis m) contempla las consecuencias que se derivan de la obstrucción en la práctica de las medidas. Veamos más detenidamente alguna de ellas:

⁴¹ Recuérdese que, siguiendo la Exposición de Motivos, lo que se pretende con la nueva regulación es permitir “que los justiciables tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba”.

⁴² Las diligencias preliminares no pueden entenderse comprendidas bajo el *nomen* de acceso a las fuentes de prueba porque, sin perjuicio de que la documentación exhibida pueda ser utilizada en su caso como fuente de prueba documental, lo cierto es que ni tiene porque cumplir con ese fin ni es esa la finalidad que están primordialmente llamadas a cumplir.

⁴³ Vid. M. ORTELLS RAMOS/R. BELLIDO PENADÉS, *Derecho Procesal Civil*. cit., p. 267. Asimismo vid. J. MONTERO AROCA. cit., pp. 285 y 286. Con la palabra litispendencia se está haciendo referencia a la pendencia de un litigio. En cuanto al tiempo de la litispendencia afirma que lo problemático ha sido la determinación del momento inicial, el *dies a quo*, “aunque ahora debe estarse al art. 410 LEC: Se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”.

El art. 283 bis m) 1) prevé que el juez pueda acordar mediante auto la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pueda incurrir el solicitado por desobediencia a la autoridad judicial. Pero, además, el art. 283 bis m) 1. a) dispone que el solicitante podrá pedir que el juez declare como admitidos los hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían, debiendo fijar con precisión a estos efectos, los hechos a los que debe extenderse la declaración. Esta previsión, que ya se contempla en la regulación de algunas de las diligencias preliminares (art. 261. 1º y 4º LEC) tiene el inconveniente de que, referida a ciertas “fuentes” de prueba, por ejemplo las relativas a la capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación, etc. no puede suponer reconocer o admitir una capacidad, legitimación etc. que se tiene o no se tiene, pero que, en ningún caso, puede resultar otorgada por la negativa o la obstaculización⁴⁴.

Por otra parte, el art. 283 bis m) 2) dispone que, en caso de obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba, el solicitante puede pedir al tribunal que se tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular, para ello fijará con precisión cuáles son las pretensiones en relación con las cuales se debe declarar un allanamiento tácito. Varias cuestiones han de tenerse en consideración en este punto.

- 1º) El allanamiento es un acto de disposición intraprocesal del demandado respecto al fondo⁴⁵ que no puede producirse cuando aún no existe una pretensión formulada ni, por tanto, un demandado que pueda allanarse, ni siquiera cuando se explica qué pretensión se tiene intención de formular. Esta figura exige, en definitiva, la litispendencia. El problema es que este supuesto es posible dada la afirmación contemplada en el art. 283 bis j) 2): la solicitud de las medidas de acceso antes de la iniciación del proceso genera litispendencia si se establece con claridad lo que vaya a pedirse. La regulación, a nuestro modo de ver, no es correcta. Si la solicitud previa al proceso no produce pendencia del proceso, no cabe en este momento procesal hablar de allanamiento del futuro demandado. Ello significa que aunque el solicitante podría pedir tal consecuencia, el juez no debería concederlo.
- 2º) El allanamiento tácito se contempla puntualmente en la LEC (siempre pendiente un proceso). Así sucede en algunos casos en el juicio verbal; ejemplificativamente⁴⁶, la incomparecencia del demando a la vista equivale al allanamiento en procesos para la efectividad de derechos reales inscritos en el registro de la propiedad (art. 440.2 LEC) y en los procesos de desahucio (art. 440.3 LEC) el silencio ante el requerimiento de pago o la incomparecencia a la vista se traducen en allanamiento. Ciertamente en el supuesto que nos ocupa no existe inactividad, sino obstrucción en el acceso a la información necesaria para el solicitante pero, en todo caso, parece excesivo inferir que la obstaculización equivale, a modo de sanción (a estos efectos es más adecuada la imposición de multas coercitivas previstas en el apartado d) de este mismo precepto) a un acto de disposición material sobre el objeto del proceso cuando puede suceder que ni siquiera el proceso se haya entablado y, por tanto, no existe en buena técnica objeto procesal sobre el que disponer.

⁴⁴ Vid. J. MONTERO AROCA, *cit.*, p. 152. En relación con las la primera de las diligencias preliminares contempladas en el art. 261 afirma que, según este precepto si el sujeto pasivo no comparece, no contesta o contesta de modo evasivo, el tribunal podrá tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formular y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del proceso posterior, pero esto no puede suponer que existan la capacidad, la representación o la legitimación, sino sólo que el demandado no podrá negar los hechos.

⁴⁵ Vid. M. ORTELLS RAMOS, *cit.*, p. 393; J. MONTERO AROCA, *cit.*, pp. 360-361. El allanamiento es un acto procesal por el que el demandado manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con ella, provocando la terminación del proceso con sentencia no contradictoria de fondo en la que se le condenará. Entre sus efectos se encuentra la terminación del proceso por conformidad con las pretensiones del actor, con la salvedad de que se trate de un allanamiento parcial

⁴⁶ Otros supuestos son los de los art. 441.4, art. 250.1 10º y 11º la inasistencia del demandado a la vista supone el dictado de sentencia estimatoria de las pretensiones del actor. art. 602 LEC la no contestación a la demanda en la tercería de dominio se entiende como admisión de los hechos alegados por el tercero en la demanda, lo mismo sucede con la tercería de mejor derecho (art. 618 LEC). Vid. J. MONTERO AROCA, *cit.* p. 296, y M. ORTELLS RAMOS, *cit.*, pp. 275 y 276.

3º) Asimismo, el art. 283 bis m) c) permite a quien solicite estas medidas que, en caso de obstrucción por el solicitado, el tribunal acuerde la desestimación total o parcialmente de las excepciones o reconvenciones que pudiese ejercitar en el proceso principal. Para ello el solicitante fijará con precisión las excepciones o reconvenciones a los que, a su juicio, debe extenderse la desestimación. Entendemos que es extensible en este punto la crítica realizada en el apartado anterior en cuanto a lo oneroso de la medida a imponer y a la cuestionada posibilidad de que pueda acordarse la desestimación de las defensas y pretensiones esgrimibles en un futuro proceso inexistente en el momento en que se acuerda.

2. Valor del pronunciamiento administrativo en el juicio civil

A) *Situación pre-Directiva*

45. La aplicación concurrente del Derecho de la competencia desde dos perspectivas: pública y privada y, por tanto, desde dos procedimientos y jurisdicciones suscita necesariamente la cuestión de la coordinación entre ellas. Fundamentalmente, el problema se presenta en el caso de acciones de seguimiento o *follow-on*, es decir, acciones civiles entabladas tras una resolución administrativa de una ACN o de la Comisión –firme o no-, en las que se constata la existencia de un ilícito competitivo. Esta interrelación entre procedimientos plantea como primera y esencial cuestión el valor que cabe atribuir a la resolución administrativa en la que se establece la existencia de un acuerdo anticompetitivo o de una conducta abusiva por parte de una empresa dominante en relación al juez civil. La efectividad y coherencia del propio sistema –que se pondría en entredicho en caso de resoluciones discrepantes sobre los mismos hechos- depende de lograr un punto de equilibrio en este delicado terreno en el que aparecen implicados principios de la envergadura de la independencia judicial o los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

46. El reconocimiento de valor vinculante a la resolución administrativa en la que se constate una infracción *antitrust* en un posterior juicio civil posee, innegablemente, enormes ventajas en la práctica, tanto generales como particulares. En primer lugar, al evitar que el juez civil vuelva a tener que discutir sobre los mismos hechos, anula el riesgo de soluciones contradictorias, con la subsiguiente tutela y refuerzo de la seguridad jurídica. Además y, en atención a la complejidad técnica que conlleva la aplicación de las normas *antitrust*, garantiza que ésta haya sido realizada por órganos especializados, dotados de mayores medios y facultades de investigación.

47. Desde la perspectiva del perjudicado en su patrimonio como consecuencia de una conducta anticompetitiva, es indudable que las posibilidades de éxito de sus pretensiones se pueden ver reforzadas si existe una previa decisión administrativa sancionadora de la conducta que vincule a los tribunales civiles. En efecto, dependiendo del valor que se otorgue a la resolución de la autoridad de competencia, podría facilitarse al actor la prueba no sólo del hecho ilícito⁴⁷, sino incluso de otros presupuestos de la responsabilidad civil como la existencia de dolo o culpa⁴⁸ o, incluso, dependiendo de la práctica exami-

⁴⁷ Acreditar que se ha producido una vulneración de las normas de competencia, en ausencia de un pronunciamiento administrativo previo, puede ser un ejercicio de enorme complejidad y muy difícil cumplimiento, tanto por la existencia de importantes asimetrías informativas entre las partes como, en el caso de las infracciones más graves, por los propios costes de detección e identificación de la conducta prohibida.

⁴⁸ La configuración del régimen español en materia de responsabilidad extracontractual descansa en la idea de culpa (art.1902 CC), lo que supone que el demandante tiene que probar que la conducta ilícita fue realizada negligente o dolosamente. Ahora bien, en ocasiones, es posible acreditar la culpa mediante presunciones (con la correspondiente inversión de la carga de la prueba). En el campo de acciones resarcitorias derivadas de infracciones de la competencia, se ha defendido por los tribunales (en línea con las propuestas comunitarias contenidas, por ejemplo, en el Libro Blanco), que la resolución administrativa de ilicitud de la conducta puede ser considerada prueba de la acción culposa del infractor, trasladándose a éste la carga de demostrar que la infracción fue en realidad, el resultado de un error excusable genuinamente (vid.ad.ex. Sentencia del JPI núm.4 de Madrid de 7 de junio de 2005).

nada, del nexo causal entre el comportamiento ilícito y el daño⁴⁹. Por tanto, al proteger a las víctimas, tutelando sus intereses, favorece el desarrollo de la aplicación privada.

48. A nivel europeo, el Reglamento 1/2003 (art.16), recogiendo normativamente la solución ofrecida por el TJUE en el caso Masterfoods (*cit*), atribuye expresamente valor vinculante, en relación a todas las ANC y jueces de los Estados miembros a las decisiones de la Comisión de constatación de una infracción *antitrust* (adoptadas o simplemente “previstas” o, incluso suspendidas cautelarmente por el juez comunitario⁵⁰) que se refieran a los mismos hechos objeto de procedimiento administrativo o judicial nacional⁵¹.

49. Por lo que se refiere a las decisiones de las autoridades nacionales, la situación es muy diversa dependiendo de los Estados miembros. Así, por ejemplo, en Alemania y Austria, sus jueces están vinculados no sólo por las decisiones de sus autoridades administrativas, sino también por las de las autoridades del resto de Estados miembros. En el Reino Unido, Bulgaria y Hungría la vinculación se establece únicamente en relación a las decisiones de las autoridades de competencia propias. Existen, a su vez, notables divergencias sobre el momento en el que se produce la vinculación (por ejemplo, desde la mera resolución administrativa o sólo cuando ésta haya alcanzado firmeza en vía judicial) así como sobre su alcance, es decir, sobre los elementos que específicamente vinculan al juez (los hechos simplemente o también su calificación jurídica). En Italia, se considera que la decisión administrativa que sanciona la existencia de una infracción antitrust, adoptada por la AGCM tiene simplemente el valor de prueba privilegiada, operando como presunción *iuris tantum* de ilegalidad, en el caso de ejercicio de eventuales acciones resarcitorias⁵². Esta misma solución defiende Estados como Dinamarca o Polonia.

50. En España,⁵³ en este momento, tan solo las decisiones de la Comisión, por imperativo comunitario, tienen fuerza vinculante. No existe un pronunciamiento formal al respecto, por lo que operaría plenamente el principio de independencia judicial, y, por tanto, el juez podría valorar de forma autónoma los elementos del ilícito concurrencial. Si bien, inicialmente, podría pensarse que el riesgo de resoluciones civiles contradictorias con las resoluciones administrativas es más hipotético que real, dado las distintas finalidades de uno y otro procedimiento, y la plena competencia –y libertad- del juez para decidir sobre el resto de presupuestos de la responsabilidad civil: la existencia de un daño derivado causalmente del acto ilícito y de una conducta culposa, en la práctica se han planteado situaciones de conflicto. Por tanto, conviene, antes de entrar a analizar el impacto de la Directiva, delimitar el alcance de este principio de independencia del juez, distinguiendo entre el carácter vinculante de las decisiones de la CNMC (u otras autoridades administrativas) y, en su caso, el de las sentencias que las revisen por vía contencioso-administrativa.

⁴⁹ El demandante, en una acción de resarcimiento, tiene que acreditar la existencia de un daño, es decir, que la conducta del infractor ha conducido a una lesión de su patrimonio individual. Como tendremos ocasión de examinar más adelante, la Directiva ha fijado una presunción *iuris et de iure* de que determinadas prácticas anticompetitivas, concretamente los cárteles, causan daños y perjuicios (art. 17.2). Esto significa que, acreditada la existencia de un cártel, se considera acreditado a su vez que éste ha causado un daño, correspondiendo entonces a la víctima demostrar que su patrimonio es uno de los afectados por dicho daño.

⁵⁰ La vinculación se produce independientemente de si la decisión de la Comisión es definitiva o ha sido cuestionada en un recurso de anulación ante el TJUE.

⁵¹ Esto supone que si bien el juez conserva siempre su derecho de interponer una cuestión prejudicial, está sujeto a la decisión sobre compatibilidad o incompatibilidad de una conducta con los artículos 101 y 102 TFUE, sin que pueda realizar un juicio autónomo sobre estos extremos. Vid. *in extenso*, sobre el origen y alcance del artículo 16 del Reglamento 1/2003, el completo análisis de A.L.CALVO CARAVACA/J. SUDEROW: “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *CDT*, vol. 7, núm.2, 2015, pp. 114 y ss.

⁵² Pese a que existe una resolución de infracción, es necesario garantizar al demandado la posibilidad de demostrar la interrupción del nexo causal entre el ilícito constatado en sede administrativa y el daño pretendido por el actor. Ahora bien, en ningún caso, el demandado puede volver a litigar sobre las mismas circunstancias de hecho que hayan sido ya acreditadas en el procedimiento administrativo Vid. M. CARPAGNANO: “Responsabilità...”, cit. p. 854.

⁵³ Idéntica situación era predictable de Bélgica o Francia. Vid. A.L.CALVO CARAVACA/J. SUDEROW, cit., pp. 144 y ss

51. Pese a que la relación entre litigios pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales no ha sido una cuestión pacífica, actualmente, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han reconocido la vinculación del juez civil a la resolución judicial de la Audiencia Nacional que confirme la resolución administrativa en virtud del efecto de cosa juzgada en sentido positivo o material⁵⁴. Esta interpretación también ha sido defendida por el Tribunal Supremo, en el célebre caso del azúcar⁵⁵, si bien, dado el carácter movedizo de las arenas en que se mueve de forma, a nuestro juicio, deliberadamente ambigua, al menos por lo que se refiere al alcance de la vinculación. El Tribunal estableció que los hechos probados por la autoridad administrativa (incluida su gravedad) y **ratificados por la jurisdicción contenciosa**⁵⁶, adquieren el efecto de cosa juzgada y que, en caso de que los jueces quieran realizar una interpretación jurídica diversa de la realizada por la autoridad de competencia de dichos hechos deben hacerlo de manera explícita y razonada.

52. Con relación a las resoluciones administrativas, es decir, a las decisiones de constatación de una infracción de la CNMC (o de las autoridades de la competencia autonómicas), éstas, en ningún caso tienen carácter vinculante para el juez civil⁵⁷. Lo contrario significaría reconocer la existencia de ámbitos de actuación administrativa exentos de control judicial. El Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma tajante en esta cuestión, recalando la diferencia entre resoluciones administrativas y resoluciones contencioso-administrativas a efectos de vinculación al juez civil y, así, en su sentencia de 9 de enero de 2015⁵⁸, recuerda que: “(...) *una decisión de la CNC ... es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedia a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión (...). Pero la resolución de la CNC sobre la ilegitimidad del pacto entre empresas fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil que debe pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil*”.

53. En el caso de decisiones de las autoridades administrativas de competencia, se prevén únicamente una serie de mecanismos de coordinación y cooperación tendentes a garantizar una aplicación uniforme del Derecho nacional de competencia y a evitar soluciones discrepantes. En este sentido, el juez civil tiene la posibilidad de suspender el procedimiento en el caso de que ya exista un procedimiento administrativo abierto sobre los mismos hechos⁵⁹. A esta misma finalidad obedece la introducción en 2007 de una figura procesal, hasta el momento extraña a nuestro ordenamiento jurídico, pero presente en otras jurisdicciones como la estadounidense. Se trata de la estructura conocida como “*amicus curiae*”, que posibilita la intervención de las autoridades de competencia (europeas, nacionales o autonómicas) en los procesos civiles, sin tener la condición de parte, ya sea por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o la presentación de observaciones sobre cuestiones

⁵⁴ Vid. I. SANCHO GARGALLO: “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, núm. 1, 2009, pp. 14 y ss..

⁵⁵ Sentencia del TS de 7 de noviembre 2013, Sala de lo Civil, núm. 651/2013, *Azúcar*.

⁵⁶ El TS, en ningún momento, examina la posibilidad de que el juez civil resulte vinculado por una decisión administrativa (*id. est*, por la decisión sancionadora de la CNMC), sino que se refiere siempre a la vinculación entre resoluciones judiciales pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales. De hecho, la propia rúbrica que encabeza el motivo en que se analiza esta cuestión, elimina cualquier posible duda al respecto, al referirse exclusivamente a “*la trascendencia de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia confirmada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por la del Tribunal Supremo*”.

⁵⁷ Vid. A. ARRIBAS: “La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Prueba. Medios admisibles, acceso a pruebas obtenidas en procedimientos administrativos, confidencialidad”, en L.A. VELASCO y otros (dirs.): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, cit., pp. 176-177.

⁵⁸ Sentencia del TS de 9 de enero 2015, núm. 634/2014, *Media Pro/Sogecable*.

⁵⁹ La suspensión por prejudicialidad administrativa se encuentra regulada en los artículos 434.3 y 465.5 LEC, en los que se establece que tanto el Juez de lo Mercantil como la Audiencia Provincial podrán suspender el plazo para dictar sentencia cuando “tengan conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las CC.AA. y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo”.

relativas a la aplicación de las normas de competencia europeas y nacionales⁶⁰. Todo ello, sin perjuicio además, de que, en muchos casos nos encontramos, pese a la ausencia de una vinculación *de iure*, con una vinculación *de facto*, que determina que las decisiones de la CNMC gocen de gran valor probatorio ante los tribunales civiles y que éstos la reconozcan cierta *auctoritas*, asumiendo el juicio realizado por ésta sobre si los hechos en los que se basa la infracción civil constituyen o no una infracción desde el punto de vista del Derecho *antitrust*.

B) El artículo 9 de la Directiva: ¿nuevo límite al principio de independencia judicial?

54. Con el trasfondo analizado, se aprueba la Directiva que entra en un terreno aún más delicado, ya que el objeto de su regulación lo constituye ahora, no el efecto de decisiones de órganos comunitarios, sino el efecto de las decisiones de las autoridades de competencia nacionales ante los tribunales civiles nacionales. Ya no estamos en presencia de disposiciones o normas europeas cuya tutela y garantía de una aplicación uniforme justifique la intervención de las autoridades comunitarias. Rechazando soluciones intermedias, como la fijación de presunciones rebatibles de validez de las decisiones de las autoridades de la competencia, se establece, de forma paralela a la solución adoptada en el Reglamento 1/2003 en relación a las decisiones de la Comisión, el carácter vinculante de las constataciones de infracción de la normativa de competencia recogidas en decisiones firmes de las autoridades nacionales de competencia o de los órganos jurisdiccionales de revisión a efectos de las demandas de daños y perjuicios presentadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales (artículo 9)⁶¹. En relación a las resoluciones de autoridades de competencia de otros Estados miembros, la redacción final, ante las resistencias encontradas, se separa de propuestas anteriores que defendían idéntica solución y simplemente se les reconoce su valor como “indicio razonable” de la existencia de una infracción de las normas de competencia⁶².

55. La PLTD, siguiendo el mandato comunitario, contempla, en el título relativo al contenido sustantivo, la vinculación de la autoridad judicial civil a la resolución administrativa firme tanto de las autoridades de competencia nacionales como de las autoridades de competencia extranjeras. Haciendo uso de la libertad permitida por la norma europea y siguiendo el modelo alemán, propone la superación del tradicional alcance territorial de las decisiones administrativas. Esta decisión ha de ser valorada positivamente en cuanto, constituye un ejercicio de coherencia y racionalidad económica, cuyos riesgos además se eliminan si existen mecanismos que garanticen que en la resolución de la autoridad extranjera (que entendemos habrá de ser firme también) se han respetado convenientemente los derechos de la defensa⁶³.

⁶⁰ El objeto de la intervención, por tanto, no lo constituye en ningún caso la defensa de una pretensión particular, sino simplemente facilitar la resolución del caso, proporcionando al tribunal civil información relevante, generalmente objeto de un expediente administrativo relacionado, así como garantizar que el Derecho de la Competencia sea aplicado de forma coherente, informando sobre los criterios y reglas de su aplicación. Con carácter general, sobre la figura del *amicus curiae* en procedimientos de competencia, Vid. J. GUILLÉN CARAMÉS: “La intervención de las autoridades administrativas de competencia en la aplicación judicial privada del Derecho de la competencia”, en L.A. VELASCO y otros (Dirs.): La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 250 y ss. Recoge distintos casos en los que la CNC ha intervenido como *amicus curiae*, J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS: “Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La figura del *amicus curiae* en España”, Barcelona, 2012, disponible en <http://www5.poderjudicial.es/CDA2012/CDA2012-10-ESP.pdf>.

⁶¹ Los Estados miembros velarán porque se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere IRREFUTABLE a los efectos de una acción por daños ejecutada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 y 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia (artículo 9.1).

⁶² Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales, al menos como PRINCIPIO DE PRUEBA de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes (artículo 9.2).

⁶³ Vid. *in extenso*, sobre este punto y el debate al que dio lugar en el ordenamiento jurídico alemán: A.L. CALVO CARAVACA/J. SUDEROW: “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *CDT*, vol. 7, núm.2, 2015, pp. 144 y ss.

56. La doctrina ha señalado que, el artículo 9 añadiría un nuevo límite a la independencia del poder judicial, ampliando en ciertos supuestos la competencia de las ANC en que pasarán a ser las que decidan sobre los hechos y la constatación de la infracción⁶⁴. ¿En qué supuestos? ¿Qué implica realmente esta nueva regla de vinculación del juez civil? ¿Supone realmente una novedad y una ruptura con la situación anterior? ¿Es equiparable al artículo 16 del Reglamento 1/2003 referido al carácter vinculante de las decisiones de la Comisión?

57. Como señalamos al presentar la cuestión, el terreno en el que se desarrolla este debate es muy delicado, demarcado por principios de relevancia constitucional. El artículo 9 llega, por tanto, todo lo lejos que puede llegar sin alterar el orden constitucional de los Estados miembros –o, al menos, de algunos Estados miembros-. A diferencia de lo que sucede con las decisiones de la Comisión, la vinculación de las decisiones administrativas requiere un elemento adicional: **la firmeza**. Firmeza que viene a manifestar la exigencia de intervención –o al menos, posibilidad de intervención- de una autoridad judicial que controle lo actuado por la administración⁶⁵. Sin firmeza y ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial⁶⁶, una resolución de la CNMC (o de otra autoridad de competencia) no puede desplegar ningún efecto vinculante *de iure* (ni en relación a los hechos constatados ni a su calificación jurídica) ante la jurisdicción civil⁶⁷.

58. La introducción del artículo 9 de la Directiva en el ordenamiento jurídico español no supone, a nuestro juicio, una alteración significativa en relación al efecto de las decisiones administrativa nacionales en litigios civiles, limitándose a codificar la solución ya admitida por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. La fórmula de la Directiva (tal y como ha sido recogida en la PLTD), en ningún momento permite deducir que el juez civil se encuentre vinculado por una resolución de constatación de una infracción por parte de una autoridad de competencia. Al exigir un requisito de firmeza, reclama la necesaria actuación y control judicial, de tal modo que (con la excepción ya comentada de que la resolución no hubiera sido recurrida en plazo) la vinculación se produce respecto, no de la resolución administrativa, sino de la resolución contencioso-administrativa. Esto significa que si se interpone una acción de daños antes de que la resolución administrativa haya alcanzado firmeza en vía contenciosa⁶⁸, el demandante tendría que demostrar la existencia de una infracción sin poder recurrir *de iure* a la prueba de la propia resolución administrativa. Ello con el riesgo añadido de que el juez civil resuelva en base a la resolución administrativa y ésta pueda ser anulada posteriormente en sede contencioso-administrativa, dando lugar a la situación inversa: inexistencia de licitud desde una perspectiva administrativa y reconocimiento de responsabilidad civil, lo que a su vez permitiría extender el debate sobre la vinculación o no del juez a resoluciones negativas, es decir, que no declaran o, en su caso, anulan una infracción⁶⁹.

⁶⁴ Vid. A.L.CALVO CARAVACA/J. SUDEROW: “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia...”, cit. p. 129.

⁶⁵ La Directiva define, con carácter general, la resolución de infracción firme, como “*toda resolución en la que se declare la existencia de una infracción y contra la que no quepa o ya no quepa la posibilidad de interponer recurso ordinario*”.

⁶⁶ A estas situaciones se equipara la firmeza derivada de la no interposición de recurso en los plazos pertinentes, lo que implica una renuncia al control judicial de la actuación del órgano administrativo. La vinculación judicial no deriva de que la decisión provenga de un órgano administrativo, sino de que el afectado ha consentido con su inactividad (ausencia de recurso contencioso-administrativo contra la decisión de la autoridad de competencia) la decisión administrativa, propiciando su “irrevisibilidad” judicial.

⁶⁷ Vid. H. BROKELMANN: “La Directiva de daños y su transposición en España”, *cit.*, pp. 10 y ss.

⁶⁸ Esta posibilidad se abre tras la eliminación del requisito de procedibilidad del antiguo artículo 13 LDC de 1989, que exigía la firmeza de la resolución administrativa para poder acudir a los tribunales civiles. Ahora las víctimas de una infracción antitrust pueden ejercer sus respectivas acciones de resarcimiento de daños sin necesidad de que exista una resolución administrativa de infracción (acciones *stand-alone*) y de existir ésta, sin necesidad de esperar a su firmeza.

⁶⁹ Vid. A. HUERGO LORA: “La CNMC, los tribunales civiles y los contencioso-administrativos en la aplicación del Derecho de la competencia”, en www.almacendederecho.org. La sentencia del Juzgado mercantil 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, en el marco del famoso caso del cártel del seguro decenal (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, núm.12 del 7 noviembre 2013, *Muscaat v. Asefa, Caser y Scor*) daba lugar a una situación de estas características ya que el tribunal civil reconocía la responsabilidad civil derivada de un acto (boicot), derivado a su vez de un cártel de fijación de precios apreciado

3. Prescripción

59. El plazo de prescripción de la acción, cerrando el acceso a los tribunales en base al transcurrir del tiempo, es uno de los elementos procesales que más incidencia tiene sobre la efectividad de la aplicación entre sujetos privados de las normas de competencia. En línea de principio, un plazo de prescripción muy breve podría comprometer seriamente la efectividad de todo el sistema de aplicación privada, frustrando al mismo tiempo, las exigencias de tutela de los damnificados. Por el contrario, un plazo excesivamente largo podría suponer para el autor del daño una exposición excesiva a las acciones de terceros.

60. El plazo también tiene relevancia desde otra perspectiva, concretamente a los fines de una eficaz interacción entre *public* y *private enforcement* y, en particular, para el ejercicio efectivo de acciones *follow on*. Desde este punto de vista, un plazo breve, dificultaría el ejercicio de acciones basadas en una decisión administrativa condenatoria, especialmente si ha transcurrido mucho tiempo hasta la adopción de la decisión definitiva. Por el contrario, un plazo reducido podría conducir a la paradójica situación de que, una vez que la autoridad administrativa competente hubiese publicado la decisión de condena, ya hubiera transcurrido el plazo para la proposición de la acción civil.

61. En este ámbito, también existía una notable ausencia de homogeneidad entre los Estados miembros. Así, por ejemplo, en Italia, el plazo de prescripción para una acción de daños extracontractual está fijado en cinco años desde el momento en que pueda hacerse valer el derecho (art. 2395 *Codice Civile*). En el Reino Unido cabe distinguir distintos plazos de prescripción. Así, existe un primer plazo para ejercitar acciones ante la High Court generalmente de seis años desde que se produjo el daño. Plazo que puede ser postergado si se el demandado oculta elementos facticos deliberadamente. En el caso de acciones *follow-on* ante la CAT, el procedimiento debe empezar en un plazo de dos años desde la fecha relevante, generalmente la de decisión más los plazos de apelación⁷⁰. En España, al aplicarse las normas generales sobre responsabilidad extracontractual, el plazo general para el ejercicio de acciones de daños está fijado en tan sólo un año desde el momento en el que el perjudicado haya tenido conocimiento de la existencia del daño (art. 1968 CC).

62. La solución recogida en la Directiva (artículo 10) reproduce la ya adelantada en la propuesta, fijando un plazo mínimo de prescripción de cinco años desde el momento del cese de la infracción y siempre que el actor tenga –o haya podido tener- conocimiento de determinados hechos, concretamente, de la conducta y del hecho de que ésta sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, de que la infracción le causó un perjuicio así como de la identidad del infractor. En cuanto a las infracciones repetidas o continuadas, el plazo no empezaría antes del día del cese de éstas.

63. La norma europea también prevé la interrupción o suspensión –en función del Derecho nacional- de los plazos de prescripción por la intervención de una autoridad de competencia en relación con esa infracción. Dicha suspensión tiene un plazo mínimo de un año desde que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

64. La transposición de la Directiva en el ordenamiento español exigía necesariamente una regulación específica que desplazara la aplicación de la arcaica norma del Código Civil, y en la que se previera tanto un plazo especial de prescripción como la regulación de la intervención de una autoridad de competencia como nueva y específica causa de interrupción del término de prescripción.

por la autoridad de competencia, pero anulado posteriormente por la Audiencia Nacional. Posteriormente, el TS anulará la sentencia de la AN, dando la razón a la CNC y validando la sanción a las aseguradoras (sentencia del 22 de mayo de 2015). Para un análisis del caso en profundidad, vid. F. MARCOS FERNANDEZ: “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del juzgado mercantil nº12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, 16, *RCD*, 2015, y las reflexiones críticas de este autor en: “Matrioskas judiciales en la revisión del cártel del seguro decenal” disponible en <http://almacendederecho.org/matrioskas-judiciales-en-la-revision-del-cartel-de-seguro-decenal/>.

⁷⁰ Vid. R. WHISH/D. BAILEY: *Competition Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, p. 315.

65. En este sentido, la PLTD va a reproducir fielmente el mandato comunitario. Se fija en cinco años, sin hacer uso de la facultad permitida de establecer uno mayor, el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia. Se reproduce el texto europeo en relación al inicio del cómputo y las circunstancias de las que debe estar al corriente el damnificado y se introducen como causas específicas de interrupción de los plazos, tanto la intervención de una autoridad administrativa de competencia como el inicio de un procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de daños y perjuicios ocasionados. En este último caso, la interrupción sólo afectará a las partes del proceso extrajudicial (propuesto artículo 74 LDC).

4. Responsabilidad conjunta y solidaria

66. La Directiva recoge, finalmente, distintas normas en materia de responsabilidad, tanto *ad extra* como *ad intra*. La base de todo el sistema de responsabilidad dibujado en la norma descansa sobre una primera regla general: la responsabilidad conjunta y solidaria (*joint and several liability*) de todos los participantes en el cártel o en la práctica anticompetitiva.

67. Se prevén únicamente excepciones en relación con las pequeñas y medianas empresas (en adelante, PYMES) y los participantes en un programa de clemencia. Las primeras, siempre que se satisfagan determinados requisitos, sólo responden en relación a sus propios adquirentes directos e indirectos. En el caso de los beneficiarios de la inmunidad serán responsables solidarios, sólo ante sus propios compradores, directos o indirectos. En relación con otras partes perjudicadas, su responsabilidad tendrá carácter subsidiario. Se activará únicamente, cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia (artículo 11). Se recoge así, finalmente, con carácter imperativo, una aspiración clásica del ejecutivo comunitario, que barajó esta protección específica de los beneficiarios del programa de clemencia ya desde el inicial Libro Verde.

68. La Directiva también regula, en este mismo precepto, la responsabilidad interna y el posible ejercicio de acciones de repetición entre los coautores de la infracción. En línea de principio, el infractor tiene derecho a recuperar de cualquier otro coautor una cantidad cuyo importante vendrá determinado en función de sus responsabilidad respectivas por el daño causado por la violación del Derecho de la competencia. De nuevo, existen algunas salvaguardas en relación a los clementes. Éstos se exponen en repetición sólo al importe del daño que han causado a sus propios adquirentes o proveedores directos o indirectos. Por tanto, en el caso de que hubieran indemnizado a sus propios clientes, estarán a salvo del eventual ejercicio de una acción de repetición (excluyendo naturalmente el supuesto de que todos los coautores fueran declarados insolventes).

69. Más ambigua resulta una segunda regla según la cual en la medida en que la violación del Derecho de la competencia hay causado un daño a sujetos diversos de los adquirentes o proveedores directos o indirectos de los autores de la violación, el importe de la contribución del beneficiario de la inmunidad a los otros autores de la violación debe ser determinado a la luz de su responsabilidad relativa por dicho daño. De este precepto, cabe deducir que el beneficiario de la inmunidad no responde frente a terceros perjudicados, siendo posible, no obstante, la responsabilidad relativa de los beneficiarios de reducciones en las sanciones⁷¹.

70. La totalidad de las disposiciones sobre responsabilidad externa e interna tienen que ser incorporadas *ex novo* al ordenamiento español. El principio de *joint and several liability* obliga al legislador a introducir en relación a las acciones de daños una derogación de la regla general sobre obligacio-

⁷¹ Vid. V. SOPEÑA/G. MARTÍN: “La transposición de la Directiva Europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España...”, *cit.*

nes civiles con pluralidad de deudores, que en nuestro ordenamiento continúa siendo la mancomunidad. Además, todas las particularidades del nuevo sistema, referidas a las PYMES y a los solicitantes de clemencia tienen que ser contempladas de manera expresa.

71. La PTD de nuevo, acomete esta misión, transcribiendo con exactitud el texto comunitario, y recogiendo los principios sobre solidaridad dentro de la regulación sustantiva de las acciones de daños contenida en el nuevo Título cuya anexión a la LDC se propone, concretamente en su artículo 73.

III. Aspectos sustantivos: el resarcimiento del daño

1. Alcance y naturaleza del daño

A) Daño emergente, lucro cesante e intereses

72. La Comisión europea, con base en los principios de eficacia y equivalencia y en la interpretación de éstos llevada a cabo por las autoridades judiciales europeas en el caso *Manfredi*, mantiene la existencia de un concepto de daños europeo derivado de la infracción de los artículos 101 y 102 TFUE, que comprendería necesaria –y **únicamente**- tanto el perjuicio directamente causado (daño emergente), el beneficio dejado de percibir (lucro cesante) y los intereses generados desde la fecha de causación del daño a fin de conseguir el total resarcimiento de la víctima (*full compensation principle*). A este respecto, resulta interesante destacar dos enmiendas introducidas por el Parlamento y el Consejo a la propuesta inicial de la Comisión.

73. En primer lugar, si bien se reconoce el derecho de la víctima al cobro de los intereses se ha suprimido la referencia al momento a partir del cual computar el devengo de dichos intereses, al menos, en la parte dispositiva de la norma. Cuestión polémica y de gran trascendencia en la práctica judicial que, frente a la solución armonizadora ofrecida inicialmente por la Comisión (momento de producción del perjuicio), se prefiere ahora reenviar a la normativa de los Estados miembros. Ahora bien, no se ha renunciado del todo a la propuesta inicial, ya que en el Considerando 12 de la norma, se establece, de forma categórica que: “*los intereses deben exigirse desde el momento en ocurrió el daño hasta aquél en que se abone la indemnización*” y que “*corresponde a los Estados miembros establecer las normas que deban aplicarse a tal efecto*”. La posición europea parece clara, pero la exigibilidad de esta solución nos plantea más dudas. El hecho de que esta medida se haya sustraído intencionadamente de la parte dispositiva donde estaba inicialmente prevista –y donde cuya obligatoriedad era indiscutible- y se haya colocado en el preámbulo, parece, en principio, indicar que no se quería que fuera vinculante. En cualquier caso, la solución final, valorada dentro del pretendido objetivo armonizador es susceptible de crítica en cuanto, en atención a la importancia que los intereses adquieren en procesos de esta naturaleza, puede generar notables diferencias en la práctica en las cuantías de las indemnizaciones según la normativa nacional que resulte aplicable a la infracción. En el caso español, por ejemplo, el momento inicial de devengo de intereses se corresponde, como regla general, con el de la reclamación –judicial o extrajudicial- del cumplimiento de la obligación y no con el del momento de producción del perjuicio (artículo 1100 CC). Regla que, de haberse aprobado la propuesta inicial, necesariamente tendría que haber sido modificada. En la PLTD se ha decidido no remover estas aguas, e ignorando lo dispuesto en el Considerando 12, se ha limitado a reproducir la referencia general del articulado de la Directiva al pago de intereses sin precisión del momento de devengo de los mismos, con lo que se mantiene la aplicabilidad de la regla tradicional.

74. En segundo lugar, se afirma ahora de forma expresa la finalidad puramente compensatoria de la indemnización y se rechaza cualquier sistema que pueda resultar en una asignación de daños superiores al perjuicio real experimentado por la víctima. El “espíritu” de los daños punitivos que, a nuestro entender y como analizaremos a continuación, pese a la ausencia de reconocimiento específico, no dejaba de estar presente –siquiera de forma latente- en el modelo dibujado por la Comisión en documentos previos, se aleja ahora definitivamente del *private enforcement* europeo.

B) Los daños punitivos

75. En relación a la naturaleza de los daños, el ejecutivo comunitario ha ido paulatinamente moderando su postura inicial. En este sentido, en el Libro Verde se contemplaba, si bien con cierta timidez, la posibilidad de implantar un modelo de daños punitivos en el caso de cárteles horizontales. Al igual que en el modelo americano se proponía la adopción de un multiplicador fijo en relación a los daños sufridos (en este caso, del doble), dejándose abierta, eso sí, la forma de aplicación de dicho multiplicador, que podría ser automática como en el caso estadounidense, condicional o sujetarse a la discreción del tribunal. Igualmente, también se valoraba la posibilidad de superar el carácter meramente compensatorio de los daños resarcibles, a fin de incentivar el ejercicio de acciones resarcitorias, proponiéndose que el daño pudiera ser calculado, no en atención a las pérdidas reales sufridas por la víctima, sino en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor⁷². Estas propuestas no fueron bien recibidas, sobre todo por parte de los Estados continentales que temían la introducción en sus sistemas de elementos totalmente ajenos a los mismos y que podrían entrar en conflicto con principios jurídicos sólidamente asentados, como el de evitar el enriquecimiento injusto. La mayoría de las respuestas presentadas defendían una finalidad de los daños exclusivamente compensatoria, oponiéndose a sistemas que resultaran en una asignación de daños superiores al perjuicio real experimentado por la víctima. La Comisión se ve, por consiguiente, obligada a replantear su posición inicial y ya, tanto en el Documento de Consulta como en el Libro Blanco, desaparecen como propuestas expresas, el modelo del multiplicador doble así como el criterio de recuperación del beneficio ilegal.

76. Ahora bien, pese a la retirada de propuestas específicas, el “espíritu” de los daños punitivos seguía, de algún modo, presente en el modelo proyectado por la Comisión y en los distintos documentos que sucedieron al Libro Verde. En primer lugar, pese a que, en principio, se partía del carácter meramente compensatorio de los daños, no se descartaba la posibilidad de revisión en el futuro a fin de introducir un modelo de daños punitivos, que no se consideraba incompatible con el Derecho europeo⁷³. En segundo lugar, sí se preveía que, en aplicación del principio de equivalencia, si un Estado miembro aplicaba un modelo de daños punitivos por infracción de las normas de competencia nacionales, éste fuera extendido a la infracción de las normas europeas⁷⁴. Por tanto, consideramos que la postura europea⁷⁵, si bien no claramente favorable, al menos, sí era receptiva a la posibilidad de reconocimiento de daños punitivos –con mayor o menor amplitud- en los casos de ilícitos competitivos⁷⁶.

⁷² Vid. Libro Verde, párrafo 2.3.

⁷³ Vid. Documento de Trabajo, párrafo 195.

⁷⁴ Vid. Documento de Trabajo, párrafos 188 a 192.

⁷⁵ De hecho, la Comisión recogió en el Libro Blanco, los principios enunciados por el Tribunal de Justicia en el caso *Manfredi* en relación a este asunto, en el tuvo ocasión de pronunciarse sobre los criterios de determinación del daño causado por una práctica contraria al actual artículo 101 TFUE y, más específicamente, sobre la posibilidad por parte del juez nacional de conceder daños punitivos. En ausencia de normativa europea específica, cada Estado era libre de fijar los criterios de determinación y liquidación del daño, con el único límite del respeto a los principios de efectividad y equivalencia. En principio, y pese a que obviamente, el incentivo a promover acciones privadas sería mayor si pudiera esperarse la obtención de daños punitivos o ejemplares, el efecto útil del artículo 101 –y del derecho a indemnización en los casos en que su infracción causara perjuicios patrimoniales- no se vería lesionado si la indemnización se limitara al perjuicio económico efectivamente soportado por la víctima. El principio de equivalencia sí posibilitaba que se concedieran indemnizaciones punitivas por vulneración de las normas de competencia europeas, si éstas estaban previstas en el ejercicio de acciones paralelas sobre la base del Derecho interno. El Tribunal añadía una advertencia a la solución expuesta, estableciendo que: “el derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales vean por qué la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios del derecho comunitario”. En principio, cabía pensar que la llamada al principio de enriquecimiento injusto mediante esta cláusula de salvaguarda, ponía de manifiesto una actitud judicial menos favorable al reconocimiento de daños punitivos, atendiendo las posturas de recelo tradicionales de los Estados continentales frente a los daños punitivos o ejemplares, y el temor a que su reconocimiento pudiera dar lugar a situaciones de enriquecimiento injusto. No es ésta la interpretación mantenida por la Comisión Europea ni por diversos autores (*ad.ex.* M. CARPAGNANO: “El *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-295-298/04”, 410, *InDret*, 2007, p. 17, veía en ella un impulso a la propuesta de la Comisión de posibilitar la asignación de daños múltiples en los casos de cárteles).

⁷⁶ Vid. en este mismo sentido, A.KOMMINOS: *EC Private Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oregon, 2008, pp. 213 y ss. Sobre la ambigüedad de la Comisión Europea en relación con los daños punitivos, desde una perspectiva más general,

77. El examen del Reglamento 864/2007 de 11 de julio de 2007, *relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma II) permitía reforzar esta conclusión⁷⁷. La aplicación de los criterios y reglas de determinación de la ley aplicable a las consecuencias privadas (como el resarcimiento de daños y perjuicios) de un ilícito competitivo, puede determinar, en la práctica, que los tribunales españoles que conozcan del caso hayan de aplicar en su resolución normas que reconocen daños punitivos⁷⁸ a las víctimas de una conducta anticompetitiva⁷⁹. Sólo podrá evitarse la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto si se demuestra que ésta es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (artículo 26 Reglamento Roma II). Por tanto, podría excepcionarse la aplicación de la norma que reconoce daños punitivos si éstos pudieran ser considerados contrarios al orden público.

78. El apartado 3 del artículo 3 de la Directiva finalmente aprobada cambia sustancialmente la situación, pues de su tenor se deriva el establecimiento de un nuevo *orden público comunitario* en materia de indemnización por daños derivados la infracción del Derecho comunitario de la competencia, absolutamente contrario al reconocimiento de indemnizaciones punitivas y que, por tanto, impide la aplicación dentro del territorio UE de las disposiciones nacionales que conduzcan a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos.

2. Prueba y cómputo del daño

A) La prueba del daño

a. La cuantificación del daño

79. Para que le puedan ser adjudicados daños, el demandante debe probar que la conducta anticompetitiva del demandado le ha causado una lesión patrimonial y debe establecer, al menos, las bases para una estimación razonable de la cantidad de dinero necesaria para compensarle por dicha lesión. El daño puede revestir distintas modalidades, pudiendo traducirse en el pago de un sobreprecio por los productos o servicios afectados, o, en el caso de que la víctima tenga la condición de empresario, en una reducción de beneficios o pérdida de ganancias.

80. Identificado el tipo de perjuicio sufrido por la víctima, su cuantificación exacta se revela como una de las cuestiones más complejas en el ámbito de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust. Así, pese a que se haya considerado que una conducta es lesiva de la competencia y, por tanto, ha de ser prohibida y sancionada, la concreción de esa potencialidad dañina en los patrimonios individuales exige un considerable ejercicio de especulación, más o menos complejo, en función de la naturaleza del caso y de la información disponible⁸⁰.

Así, por ejemplo: *¿Cuánto habrían pagado los consumidores por el ADSL si Telefónica no hubiera llevado a cabo una política de pinzamiento de márgenes consistente en elevar el precio de acceso a la infraestructura precisa para prestar el servicio de ADSL? ¿Cuánto habría pagado por su vivienda la señora X si no hubiera existido un cartel entre las principales compañías aseguradoras en relación*

no circunscrita al terreno específico de los ilícitos competitivos, vid. B.A. KOCH: “Punitive Damages in European Law”, en H.KOZIOL/V.WILCOX (eds.): *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspective*, Viena, 2009, pp. 197 y ss.

⁷⁷ Vid. C. VAQUERO: “Sobre la posibilidad de reconocimiento en España de “daños punitivos” como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario de la competencia”, en AA.VV.; *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, pp. 683 y ss.

⁷⁸ En este sentido, Chipre, Irlanda y Reino Unido reconocen este tipo de daños, sin perjuicio de que su aplicación judicial haya sido, hasta la fecha, muy escasa.

⁷⁹ Vid. artículo 6.3. del Reglamento “Roma II” y su desarrollo en J. RODRÍGUEZ RODRIGO: “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al Derecho antitrust europeo” en AA.VV.; *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, pp. 667 y ss.

⁸⁰ Vid. H. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy (...), cit.*, p. 722: “... the law of damages has the much more difficult task of quantifying injury; the difference between saying that a certain practice is harmful and quantifying the amount of harm can be significant”.

a las primas del seguro decenal de daños a la edificación para las viviendas recién construidas? Si las principales compañías azucareras han realizado un acuerdo colusorio de fijación de los precios del azúcar para uso industrial: ¿cuál es el daño patrimonial sufrido por las empresas que utilizan el azúcar como insumo para la fabricación de sus productos (galletas, caramelos, chocolate...)? Y ¿cuál es el daño padecido por el consumidor final que ha adquirido los productos que incorporan el azúcar?

81. Teniendo en cuenta que la indemnización o reparación busca colocar al perjudicado en la que situación que tendría de no haberse producido la infracción de la competencia, la cuantificación de dicha indemnización exigirá, por tanto, que se compare la situación actual o real de la víctima con aquélla en la que se habría encontrado de no haberse vulnerado las normas. Esto es lo que se denomina análisis del factor distintivo único o *but-for-analysis*. Dado que es imposible conocer con exactitud esa situación hipotética, se hace preciso buscar un escenario de referencia con el que comparar la situación real (escenario sin infracción o hipótesis de contraste).

82. La doctrina económica ha venido identificando una serie de métodos o técnicas que, partiendo de diversos criterios y variables, tratan de establecer ese escenario hipotético en el que las condiciones de competencia no se han visto alteradas a fin de poder realizar una comparación con la situación real de los mercados tras producirse la infracción (ventas totales, niveles de precios y resultados de las empresas)⁸¹. Estos métodos han sido recogidos en los distintos documentos europeos sobre cuantificación de daños⁸² y están empezando a ser utilizados por los demandantes en la articulación de sus pretensiones.

83. Ahora bien, es necesario recalcar que ninguna de estas técnicas goza de aceptación general ni está libre de críticas. Si bien es cierto que tanto la Comisión europea como los tribunales (nacionales y de otras jurisdicciones) manifiestan sus preferencias por los métodos más sencillos frente a análisis económétricos o técnicas más complejas⁸³, no existen disposiciones jurídicas que impongan un método sobre otro y la pertinencia o utilidad de una metodología habrá de ser apreciada y valorada por el juez, en atención a las especiales características del caso concreto que ha sido sometido a su valoración.

84. La Directiva consciente de la dificultad que puede implicar la cuantificación exacta del daño insiste en la necesidad de que los distintos ordenamientos nacionales garanticen que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan hacer una estimación del quantum indemnizatorio cuando resulte acreditado que el demandante sufrió perjuicio pero resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.

85. La Directiva también destaca la conveniencia de contar con la colaboración consultiva de las autoridades administrativas de competencia sobre cuantificación de daños en los procedimientos civiles. Esta posibilidad ya se recogía con anterioridad a la aprobación de la Directiva en el ordenamiento

⁸¹ Para un análisis de las distintas técnicas, así como de las principales ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, vid. F. JIMÉNEZ LA TORRE: “Aspectos económicos de la cuantificación del daño”, La Ley, nº5 Nueva Época, 2008, pp. 59 et ss.; I. ORTIZ BAQUERO: *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 263 et ss.; C. GÓMEZ ASENSIO: “El estudio de la Comisión Europea de diciembre de 2009 para la cuantificación de los daños antitrust”, en L.A. VELASCO et. Alt (Dirs): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, cit, pp. 229 et ss.; C. TUDOR: “La cuantificación de daños y perjuicios en la aplicación privada del Derecho europeo de la Competencia”, en L.A. VELASCO et. Alt (Dirs): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, cit., pp. 567 et ss.;

⁸² Vid. principalmente: *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts*, cit.; *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios*, cit, y los informes citados en estos textos.

⁸³ Si bien es imprescindible que jueces y magistrados acudan a informes de los expertos económicos, en muchas ocasiones se les ha reprochado su ininteligibilidad, pudiendo la inadecuada cuantificación del daño conducir a una denegación de la indemnización. En relación a los informes periciales, el TS en la sentencia del azúcar de 201, tantas veces citada, ha señalado que: “... lo exigible al informe judicial que aporte la parte perjudicada es que aporte formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”.

jurídico español, dado que el antiguo artículo 25 c) LDC establecía que la CNC, a solicitud del órgano judicial, podrá proponer criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los infractores de los artículos.

b. La presunción de daño en los casos de cártel

86. Si bien en la Directiva no se recogen reglas técnicas ni métodos de cuantificación del daño, sí se han contemplado previsiones que facilitan la prueba del daño, corrigiendo la asimetría de la información y algunas de las dificultades que se han planteado en la práctica asociadas a la cuantificación de los perjuicios en ejercicio de acciones resarcitorias por ilícitos *antitrust*. En este sentido, se ha establecido una presunción *iuris tantum* de la existencia de un daño en el caso de las infracciones de cártel (artículo 17.2). Inicialmente, se pensó fijar una presunción de un determinado porcentaje de daño que no habría sido repercutido en terceros, pero finalmente, esta propuesta no prosperó. La presunción de daño vincula, por tanto, al juez (entendemos que siempre que la resolución en la que se constata la existencia del cártel sea firme), que no podrá afirmar la inocuidad de la práctica, sin perjuicio de que competa al demandante demostrar el nexo entre ese daño y su propio patrimonio.

87. La PLTD incorpora esta presunción a favor de la existencia del daño causado por el hecho ilícito, reconociendo al demandado el derecho a rebatir esta presunción. En España, la cuestión del carácter *in re ipsa loquitur* en los casos de cárteles no estaba resuelta de forma clara, habiéndose planteado casos donde los jueces, pese a la existencia de una resolución administrativa firme en la que se sancionaba la existencia del cártel, consideraron que de ellos no se derivaba ningún daño en los patrimonios particulares⁸⁴. El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, en la célebre sentencia del azúcar ya comentada, en la que parece decantarse por esta presunción, al afirmar que un cártel genera por sí mismo un daño, en la medida en que la propia existencia del cártel supone ya la imposición de un sobreprecio, por tanto, de un inmediato daño emergente para los compradores de los cartelistas, directos o indirectos en el caso de que dicho sobreprecio pueda ser repercutido.

B) La repercusión del sobreprecio

1. La passing-on defence en el debate europeo

88. De particular interés en la determinación del alcance y cuantía del daño derivado de prácticas anticompetitivas, resulta el debate, originado en el ámbito estadounidense e importado al proyecto europeo y, de resultas, a nuestro ordenamiento nacional, sobre la trascendencia que ha de conferirse a la denominada repercusión de costes o *passing-on* en el ejercicio de acciones resarcitorias. Este problema de daños repercutidos o trasladado se plantea en todos aquellos supuestos en que el cliente directo de la empresa infractora de las normas antitrust no es el destinatario final de los productos o servicios que ésta suministra, sino que procede a recolocarlos, en su forma original o transformados, en el mercado.

89. Las conductas contrarias al Derecho de la competencia, como son los cárteles o los abusos de poder monopolístico, suelen comportar precios supracompetitivos. Por esta razón, en muchos casos los daños concretos derivados de estas conductas se identifican con los sobreprecios que se han visto obligados a pagarles sus clientes o *compradores directos*. Frecuentemente, además, al incrementarse por ello los costes de estos últimos, tales sobreprecios acaban repercutiendo en cascada sobre los sucesivos compradores que van subadquiriendo los bienes, a lo largo de las distintas fases de los procesos de distribución o transformación de dichos bienes, hasta llegar a los *consumidores finales*. En definitiva, también sobre los *compradores indirectos*, que no se relacionaron con los infractores.

⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de octubre de 2011, núm.370/2011.

90. El argumento de repercusión de costes o *passing-on* se plantea en este último escenario, en que el adquirente del producto cartelizado actúa como intermediario en la cadena de colocación de los bienes o servicios en el mercado. Con este término, importado del ámbito estadounidense, se hace referencia a la posible consideración jurídica del hecho de que una empresa que compra a un proveedor implicado en una conducta contraria a la competencia podría estar en condiciones de paliar su perjuicio económico repercutiendo el coste excesivo a sus propios clientes, lo que suscita dos interrogantes: ¿Puede ser alegada por el infractor esta situación como defensa frente a la exigencia de daños? Se trataría de la *passing-on defence* propiamente dicha. ¿Los compradores indirectos, a los que se ha trasladado el sobre precio están legitimados para exigir a la empresa infractora responsabilidad por daños y perjuicios? Se enfocaría el argumento de la repercusión desde una perspectiva ofensiva.

91. Suscitada la cuestión en diversos casos de la jurisprudencia norteamericana, ha sido importada en el debate europeo, relativamente reciente sobre el fomento de la aplicación privada, emergiendo en los planteamientos de los *Libros Verde y Blanco* de la Comisión, así como en la Directiva, llegando estos últimos documentos a una propuesta concreta para su resolución.

92. La posibilidad de utilizar la repercusión del sobreprecio resultado de un cártel o de una conducta abusiva en el marco de acciones de reclamación de daños por ilícitos *antitrust*, ha sido contemplada con enorme recelo en el Derecho *antitrust* estadounidense, que no reconoce, con carácter general, la *passing-on*, ni en su vertiente defensiva ni en su vertiente ofensiva⁸⁵.

93. En el ámbito de la responsabilidad por ilícitos *antitrust*⁸⁶, la Comisión europea ha venido valorando, ya desde el inicial Libro Verde, la eventual admisibilidad de la repercusión de costes o daños en sus dos perspectivas, defensiva y activa. Si bien el Libro Verde recogía distintas posibilidades⁸⁷,

⁸⁵ A día de hoy, la regla general en EE.UU., a menos a nivel federal, es no otorgar ningún tipo de relevancia jurídica a los efectos económicos indirectos del cártel, ni desde la óptica del infractor ni desde la óptima del comprador indirecto. La protección jurídica se centraría en el reconocimiento y baremación de los daños directos o sobreprecios. Esta interpretación obedece a determinadas características del sistema de aplicación privada americano, en las que la finalidad disuasoria juega un papel más relevante que la finalidad compensatoria (con manifestaciones en otras normas, como el mecanismo de *treble damages* o daños triples). Ahora bien, esta solución no está exenta de polémica y continúa siendo el objeto de un encendido debate entre los partidarios de su mantenimiento y los defensores de una derogación de estos principios y del reconocimiento de trascendencia jurídica a la *passing-on*, en sus dos vertientes. Sobre el fundamento y crítica de la *passing-on defence* en EE.UU. Vid. entre otros, A. GAVIL: "Thinking outside of the Illinois Brick Box: A Proposal for Reform", 76, *Antitrust Law Journal*, 2009. pp. 167 y ss.; R. RICHMAN/C.R.MURRAY: "Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule", 81, *Southern California Law Review*, 2007, pp. 70 y ss.; C.HERRERO/L.A.VELASCO: "La *passing-on* defense: ¿un falso dilema?", en L.A.VELASCO y otros (Dir.): La aplicación privada del Derecho de la competencia, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 595 y ss.; C. HERRERO: "L'ecezione di trasferimento di costi in azioni *follow-on*", in A. BENACCHIO/M. CARPAGNANO: *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nella Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 195 et ss.; L. SULLIVAN/W. GRIMES: *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson West, St.Paul Minn 2006, pp. 952 y ss.; H. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Thomson-West, St. Paul, Minn. 2005, pp. 626 y ss., así como los artículos de referencia, R.G. HARRIS/L. SULLIVAN, "Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis", en 128 *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 269 y ss. y W.M. LANDES/R.A. POSNER, "The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan", 128, *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 1274 y ss.

⁸⁶ En el marco comunitario, el tema de la repercusión de daños no constituye un asunto novedoso, habiéndose planteado en escenarios en los que se demandaba el reembolso de los impuestos o tasas pagados de forma contraria al derecho comunitario (aranceles) y, por tanto, indebidamente. Así, por ejemplo, los casos Sentencia del TJCE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión contra República Italiana* (Asunto C-129/00) y Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2002, *Weber's Wine World* (C-147/01).

⁸⁷ Concretamente, en el Libro Verde se ofrecía a los Estados miembros cuatro posibles opciones. La primera de ellas, la más amplia, acogía el argumento de la repercusión en ambas modalidades. Se permitía la defensa *passing-on* o de daños repercutidos y tanto los compradores directos como indirectos podían demandar al infractor. La segunda opción contemplaba un modelo similar al estadounidense en el que se rechazaba que el infractor de una norma *antitrust* pudiera alegar como defensa la repercusión de costes y se negaba legitimación activa a los compradores indirectos. Finalmente, se barajaban dos soluciones intermedias. En una de ellas se rechazaba la *passing-on* como defensa válida frente a una acción de daños por infracción de las normas de la competencia, pero se admitía la repercusión de costes de cara a reconocer la legitimación de los compradores indirectos. La última opción contemplaba un procedimiento en dos fases, en el que se excluía la defensa *passing-on* y se reconocía que cualquier víctima pudiera demandar al infractor, permitiéndose que, en una segunda fase, el coste excesivo se repartiera entre todas las partes que habían sufrido un perjuicio.

finalmente la Comisión optará por la solución contraria a la americana, admitiendo tanto la *passing-on defence* como la legitimación de los compradores indirectos⁸⁸.

2. La repercusión de costes en la Directiva y en la PLTD

A) Fundamento

94. La Directiva dedica el Capítulo IV a la regulación de la repercusión del sobreprecio. En primer lugar, reconoce a los demandados el derecho a invocar en su propia defensa la repercusión de los sobreprecios frente a una demanda de compensación de dicho sobreprecio. La carga de la prueba de la trasferencia de costes recae sobre el demandado que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros. El texto finalmente aprobado se separa de la propuesta que reconocía como excepción a la posibilidad de alegar el *passing-on* el caso en el que el coste excesivo se hubiera repercutido a personas en el nivel siguiente de la cadena de suministro a las que resultara legalmente imposible exigir una indemnización por su perjuicio.

95. De igual modo, se reconoce la legitimación de los adquirentes o compradores indirectos para invocar la transferencia de costes como base para demostrar el daño sufrido. Es más, para facilitar la interposición de acciones por parte de éstos, la Comisión propone a los Estados miembros la adopción de una regla que simplifique la prueba del nexo causal, concretamente, la fijación de una presunción *iuris tantum* de que el sobreprecio les ha sido trasferido. Presunción que se ha justificado en el reconocimiento de una praxis comercial de repercusión de los aumentos del precio a lo largo de la cadena de suministro y distribución. Ahora bien, frente a lo defendido en la propuesta, no se presupone la repercusión de la totalidad del sobreprecio, simplemente el hecho en sí de la repercusión. Corresponde a los jueces nacionales valorar que parte ha sido efectivamente transferida, si bien, la Comisión prevé la futura elaboración de directrices u orientaciones sobre la manera de calcular el porcentaje del sobrecoste repercutido para ayudarles en esta labor.

96. La admisibilidad de la *passing-on defence* en Europa se justifica en la importancia de la finalidad compensatoria que se atribuye a la aplicación privada de las normas de competencia, y a la responsabilidad civil en general, y viene a presentar la *passing-on defence* como una manifestación del principio general que veta en la mayoría de los ordenamientos el enriquecimiento injusto. Así es sin duda en el caso español, en el que, ante la carencia de normas especiales relativas a la indemnización de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*, es preciso a fin de valorar la viabilidad y alcance de la *passing-on defence* en nuestro ordenamiento, atender en primera instancia a la normativa general que regula el resarcimiento de daños, es decir, a las normas y principios generales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

97. El primer principio, estructurador de toda la teoría general de responsabilidad en nuestro sistema es la función esencialmente compensatoria que la misma cumple. En este sentido, la indemnización está orientada a reparar el daño sufrido y restablecer a la víctima en la posición que tendría de no haberse cometido la infracción, es decir, no puede considerarse fuente de enriquecimiento ni un mecanismo de sanción del infractor. Es, precisamente, en esta finalidad general compensatoria y en el

⁸⁸ Así, en el *Libro Blanco*, se defendía la necesidad de reconocer al demandado la posibilidad de utilizar el argumento del *passing-on* como defensa frente a la acción indemnizatoria ejercitada por un cliente (siempre que no se tratara del consumidor final). También consideraba que debía posibilitarse su uso desde una perspectiva activa, reconociéndose la legitimación del comprador indirecto para solicitar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la repercusión del sobreprecio, quién lógicamente, debería probar la existencia tanto del ilícito competitivo, como del daño sufrido y de la relación de causalidad entre ambos. Es más, a fin de favorecer el ejercicio de acciones por los compradores indirectos, la Comisión proponía la adopción en los Estados miembros de una regla que favoreciera la prueba del nexo de causalidad; concretamente, la fijación de una presunción rebatible con arreglo a la cual se considerase que el sobreprecio ilegal había sido repercutido en su totalidad a lo largo de la cadena de distribución.

principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que se deriva de ésta, en los que encuentra su fundamento teórico la *passing on defence*. Este principio impediría incluir dentro del cálculo de los daños aquéllos que han sido repercutidos en otros sujetos, daños, por tanto, que en realidad la víctima no ha padecido. Lo contrario significaría que la indemnización colocaría a la víctima en una situación mejor que la que tendría de no haberse producido la infracción⁸⁹.

98. Ahora bien, sin entrar a discutir el fundamento teórico de la *passing-on defence* en nuestro ordenamiento jurídico y sin incurrir en el extremo pragmatismo de la solución americana, sí consideramos que es conveniente que los tribunales realicen una lectura restringida de este argumento de defensa, así como una valoración sólida desde una perspectiva económica de los efectos de la repercusión de costes en el patrimonio del comprador directo. Con interpretaciones simplistas o incompletas se corre el riesgo de dejar reducida la aplicación privada a un mero reconocimiento de derechos carente de efectividad práctica. La *passing on defence* podría operar como un parapeto quasi automático de los infractores frente a pretensiones de resarcimiento, eliminando los incentivos de las víctimas que, en principio, están en una mejor posición para entablar acciones indemnizatorias, es decir, de los adquirentes directos.

99. La Directiva se hace eco de este riesgo e intenta dar un paso adelante y, si bien, en manera un tanto ambigua, identifica algunos de los principales problemas que, más allá del mero reconocimiento plantea en la práctica la aplicación del argumento de repercusión de costes, tanto desde una perspectiva procedural como sustantiva.

B) Algunas cuestiones procesales

100. En relación al primer aspecto, la Directiva exige la adopción de mecanismos procesales que permitan a los jueces nacionales que conocen de una acción de resarcimiento *antitrust* tener en cuenta la existencia de otras acciones indemnizatorias relativas a la misma infracción del Derecho de la competencia, pero ejercitadas por actores situados en distintos niveles de la cadena de suministro y distribución de los bienes o servicios. La finalidad perseguida es facilitar que en la evaluación de si las partes implicadas (infractor, compradores directos e indirectos) han conseguido satisfacer la carga de la prueba correspondiente se valoren o ponderen elementos externos al procedimiento en curso pero que supongan información relevante para el éxito de las pretensiones. El objetivo último pretendido sería, por tanto, garantizar que la repercusión del sobreprecio juega de manera complementaria en sus dos perspectivas:

⁸⁹ No nos parecen convincentes los intentos de examinar esta figura desde la perspectiva de figuras más específicas, y a nuestro juicio, mucho más forzadas, como el *deber de mitigación de los daños* o la *compensatio lucri cum danno*. (Vid. *ad.ex.* J. ALFARO: “Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la competencia”, 3, *Indret*, 2009, p. 10). En este sentido, no consideramos aplicable a estos supuestos el deber de mitigación de los daños que tiene todo perjudicado como una exigencia derivada del principio más general de la buena fe. No sólo porque, la concreción de ese deber exige que el perjudicado sea consciente de que está sufriendo un daño indemnizable y puede que en el ámbito *antitrust* no lo sea, o no lo sea de forma inmediata, sino sobre todo, porque la repercusión o el traslado de unos daños a un tercero no es una medida exigible conforme a los principios de buena fe y lealtad. No es jurídicamente exigible la causación de un daño a un tercero como medida para paliar otro. La exclusión de la *compensatio lucri cum damno*, es más compleja o más matizada. Su inaplicabilidad a estos supuestos no obedece, a nuestro juicio, a la inexistencia de un nexo causal adecuado entre el incremento de los costes y la posterior conducta del comprador directo en relación a la fijación de sus precios de reventa. Este nexo existe, desde el momento en que se trata de un intermediario que utiliza los productos cartelizados en el marco de su actividad económica, recolocándolos en el mercado. Es más, esta interpretación conduciría a dos conclusiones que no nos parecen aceptables. En primer lugar, si consideramos que la decisión de repercutir los costes en el precio de reventa no está vinculada causalmente con la conducta del cartelista, tampoco podría el comprador directo responsabilizar al cartelista de los daños que de resultas de esta decisión de encarecimiento de los precios se deriven como consecuencia de una disminución del volumen de ventas. En segundo lugar, esta interpretación llevada a sus extremos supondría la negación de cualquier derecho a la indemnización del comprador indirecto, al obedecer su perjuicio exclusivamente a una decisión del comprador directo, perfectamente lícita, y desconectada causalmente del cártel. La teoría de la *compensatio lucri cum damno* ha sido articulada sobre la base de otro tipo de supuestos más sencillos, en los que se ponderan sólo efectos negativos y efectos positivos sobre el patrimonio de la víctima, no como en el caso de la *passing-on defence* en el que, una aplicación adecuada exige manejar más variables, siendo necesario tener en consideración, en primer lugar los efectos negativos directos, posteriormente efectos positivos y, finalmente de nuevo, eventuales efectos negativos.

defensiva y ofensiva, ya que lo contrario, podría efectivamente conducir a situaciones de ausencia o exceso de responsabilidad⁹⁰. En este sentido, la norma insta a tomar en consideración, tanto las acciones que estén siendo entabladas, las resoluciones que resulten de estas acciones, como, en último lugar, la existencia de información pertinente de dominio público que se haya derivado de la aplicación pública del Derecho de la competencia. La PTD, que se limita a reproducir el artículo de la Directiva, remitiendo de forma indefinida y general a los mecanismos existentes, sin clarificar cuáles son o cómo operan.

101. Dos son los peligros que, en el ejercicio de procedimientos paralelos, podrían impedir la plena operatividad del principio de plena compensación. En primer lugar, la ausencia de responsabilidad. Esta situación podría producirse si en el procedimiento entablado por el adquirente directo se considera acreditada la repercusión y por el contrario, no se reconociera ésta en el caso de que ejercenten la acción los compradores indirectos. El exceso de responsabilidad tendría lugar si se reconoce la existencia de daños plenos tanto al comprador directo como al indirecto. No se acredita la repercusión del adquirente directo y no se consigue desmontar la presunción de repercusión al comprador indirecto del sobreprecio. ¿Cómo pueden ser evitados estos riesgos? Idealmente, la solución pasaría porque las distintas pretensiones fueran conocidas por un único juez en un único procedimiento, de tal forma que operaría la complementariedad de la traslación del daño sin disfunciones (la mano derecha sabe lo que hace la mano izquierda). ¿Qué mecanismos de Derecho nacional y europeo existen que puedan conducir a resultados equivalentes? ¿Cómo puede articularse desde una perspectiva procesal la consideración por parte del juez civil de pretensiones, resoluciones judiciales e información de dominio público para evitar resoluciones contradictorias?

102. A los efectos del art. 15 de la Directiva, y en relación a la existencia de una pluralidad de acciones por daños, los medios procesales que contempla el derecho nacional cuando los órganos jurisdiccionales patrios conozcan de una reclamación por daños y perjuicios son esencialmente dos: de forma inicial la *acumulación de acciones* (en realidad, pretensiones)⁹¹ y, de forma sobrevenida, la *acumulación de procesos*. Si originariamente no se ha procedido a la acumulación de pretensiones, sino que éstas han recibido un tratamiento procesalmente autónomo dando lugar a una pluralidad de procesos distintos, lo procedente será acudir a la acumulación de procesos. Ésta puede ser acordada por el juez en dos supuestos. En primer lugar, cuando la sentencia que haya de recaer en uno de ellos pueda producir efectos prejudiciales en el otro (art. 75.1.1º LEC). Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que el intermediario no ha soportado íntegramente el sobrecoste derivado de la práctica anticompetitiva, sino que éste ha sido repercutido parcialmente al consumidor final. En caso de existencia de dos procesos contra el cartel, uno incoado por el consumidor final en el que pretende el resarcimiento por el sobreprecio que ha soportado (el repercutido por el intermediario) y el otro por el intermediario en el que pudiera pretender el resarcimiento por el sobreprecio aparentemente soportado (el sobreprecio pagado sin descontar el repercutido al consumidor final), la resolución judicial que recaiga en el primero puede tener un efecto prejudicial sobre el pronunciamiento que ha dictar el juez del segundo proceso, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad múltiple para el cartelista y un enriquecimiento injusto para el intermediario demandante que sería indemnizado íntegramente por un sobreprecio que efectivamente

⁹⁰ A esta misma finalidad obedece la exigencia de la Comisión dirigida a los Estados miembros para que establezcan las medida procesales necesarias para garantizar que el resarcimiento por daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio sufrido por el sobrecoste sufrido a ese nivel.

⁹¹ A este respecto, el art 72 LEC establece que “Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”. El precepto permite que los perjudicados por el sobrecoste derivado de una práctica anticompetitiva puedan ejercitar sus pretensiones en una misma demanda ya que se fundamentan en unos mismos hechos (la ilícita existencia de sobreprecio en el producto). Ello supone que dichas pretensiones serán tramitadas en un mismo procedimiento, dando lugar a una sentencia con tantos pronunciamientos diferenciados como pretensiones existan al respecto. También cabría, aunque el artículo 15 no lo contempla explícitamente, una acumulación inicial de pretensiones, aunque es previsible que ésta se produjera entre consumidores afectados que demandan al cartelista o entre adquirentes directos que demandan al cartelista. Fundamentalmente, por razón de la propia organización del mercado, parece casi inviable un acuerdo entre consumidores finales e intermediarios a estos fines.

no ha soportado. Así mismo, la acumulación de procesos en este ámbito se impondría en atención a la previsión del art. 74.1.2º LEC que sanciona que el juez debe proceder a acordarla cuando: “entre los objetos de los procesos de cuya acumulación se trate exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes”. Razones de seguridad jurídica y del valor justicia que aquella contribuye a realizar exigirían esta actuación.

103. La posibilidad de tomar en consideración las resoluciones derivadas de daños a las que se refiere la letra b. se resuelve desde la eficacia de la cosa juzgada material. Aquí no estamos ante una acumulación de procesos, ya que uno de ellos ya ha concluido y, por tanto, lo que existe es el efecto de prejudicial de la cosa juzgada material. Existe ya una resolución (que ha de ser firme aunque el precepto no lo diga expresamente) que vincula al juez del segundo proceso, porque lo resuelto en el primero, forma parte como antecedente lógico de lo que ha de resolver en el segundo.

104. En cuanto a la consideración de informaciones de dominio público, una posible vía de introducción en el proceso civil podría ser a través de la participación de las autoridades de competencia, mediante la figura del *amicus curiae* examinada previamente.

C) *Efectos económicos del passing-on y su consideración jurídica*

105. Desde una perspectiva sustantiva, es importante señalar como del texto europeo se desprende una comprensión más global de los efectos económicos del *passing-on* que de los documentos precedentes.

Sin perjuicio de las necesarias simplificaciones, es preciso recordar como de una práctica anticompetitiva pueden derivarse distintos perjuicios patrimoniales para el comprador directo de la empresa cartelista o infractora. En un cómputo global, estos daños son el resultado de deducir de sus ingresos precártel los ingresos durante el periodo de vigencia del cártel. Este perjuicio neto es el resultado de la valoración de todos los efectos económicos que pueden derivarse para el comprador directo de un cártel, que son, en principio, tres, uno directo y dos indirectos⁹². El efecto directo (*overcharge*) responde al incremento de costes resultados del pago de un sobreprecio en un insumo. Los efectos indirectos se derivan de la recolocación del producto cartelizado en la cadena de producción/distribución de bienes en el mercado, es decir, del carácter intermedio del comprador directo. En estos supuestos, pueden derivarse dos efectos económicos para el comprador directo de signo opuesto (en cuanto a su carácter positivo o negativo sobre su patrimonio). El efecto de repercusión o *passing on*, que es la medida en que el comprador directo puede trasladar el incremento de sus costes a sus precios de venta y el efecto sobre la cantidad vendida, efecto volumen o efecto *output*, que es la medida en la que ese incremento conduce a una reducción en el volumen de ventas. Por tanto los daños totales sufridos por el comprador directo (pérdida de beneficios o ingresos) son el resultado de la agregación de todos estos efectos de signo diverso.

En este sentido, la Directiva, en el análisis de la defensa *passing-on*, no se limita a la valoración del efecto de repercusión, sino que además reconoce la eventual trascendencia que el traspaso puede tener sobre las cantidades vendidas. De este modo, si bien indirectamente, la norma alude a este ángulo de la repercusión cuando, en su artículo 12, reconoce el *derecho de una parte perjudicada a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante debido a una repercusión parcial o total de los sobrecostes*.

106. La necesidad de prestar atención al efecto cantidad es un paso importante en la configuración europea de la *passing-on*. Alejándose de interpretaciones simplistas o incompletas, se alerta sobre

⁹² Vid. en desarrollo de este argumento, F. VERBOVEN/T. VAN DIJK: “Cartel damages claims and the passing-on defense”, 57, *The Journal of Industrial Economics*, 2009, pp. 457 y ss.; H.W. FRIEDERISZICK/L.H. RÖLLER: “Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases” disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/friederiszick_roeller.pdf.

la pluralidad de daños que pueden derivarse para el adquirente directo de la práctica anticompetitiva y recalca la conveniencia de valorar tanto el *daño emergente*, como el *lucro cesante*, que ha de ser tomado necesariamente en consideración cuando el comprador directo sea un empresario, ya que cualquier repercusión de los sobreprecios aguas abajo del comprador directo, implicará para él de ordinario *una menor venta* resultado del retramiento de la demanda como consecuencia del incremento del precio, así como la percepción finalmente de un *sobreprecio inferior* al incremento de sus costes⁹³.

107. En España, el problema de la repercusión de costes desde una perspectiva defensiva ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo, en el marco del famoso cártel del azúcar⁹⁴. Rechazando las interpretaciones parciales de la defensa realizadas por la Audiencia Provincial⁹⁵, el Tribunal realiza un análisis económico sólido y sofisticado, en línea con la posición recogida en la Directiva. Si bien se reconoce la admisibilidad de la defensa a fin de evitar situaciones de enriquecimiento injusto, se insiste en que la carga de la prueba de la repercusión recae en el demandado y se remarca la importancia de tener en cuenta las eventuales pérdidas de beneficios resultantes del incremento de los precios a fin de valorar con exactitud el daño patrimonial efectivamente sufrido por el comprador indirecto.

108. La PLTD no aporta ninguna novedad en materia de repercusión de costes, limitándose a transcribir casi literalmente las disposiciones correspondientes de la Directiva. Sí nos parece criticable que en la propuesta se haya omitido toda referencia a la necesidad de tener en cuenta el derecho del adquirente directo a reclamar y obtener indemnización por el eventual lucro cesante debido a la repercusión del sobreprecio. Si bien es cierto que el lucro cesante siempre que se acrede su existencia es indemnizable, consideramos muy conveniente que, al igual que hace la Directiva, se haga mención expresa del mismo en los apartados dedicados a la repercusión del sobreprecio. Las razones anteriormente expuestas y la constatación de que, en el caso español, no faltan lecturas incompletas de la repercusión que no contemplaban este posible efecto patrimonial, justifican sobradamente la necesidad de esta inclusión.

IV. Valoración

109. La aplicación privada del Derecho europeo de la competencia ha experimentado una notable expansión, dejando atrás la situación de “total subdesarrollo” denunciada por la Comisión a principios de siglo. No obstante, este impulso no es uniforme y subsisten importantes diferencias entre los Estados miembros, en la importancia, frecuencia y forma de implementación de las acciones de daños por ilícitos *antitrust*. La Directiva 2014/104 constituye un paso más en el camino emprendido hace quince años... un paso importante, ciertamente, pero... sólo un paso.

La aprobación de la Directiva ha venido fuertemente condicionada por la necesidad de proteger los programas de clemencia de la Comisión y de las autoridades de la competencia así como de evitar (al menos, en algunos aspectos) incurrir en los “excesos” del sistema de *private enforcement* americano. El resultado es, en nuestra opinión, bastante tímido e insuficiente para garantizar un cambio sustancial en el panorama actual en materia de acciones *antitrust* y para provocar un efectivo y determinante relan-

⁹³ Si el comprador directo intentara repercutir íntegramente a sus propios clientes-compradores indirectos, el sobreprecio que tuvo que pagar a su proveedor que infringió el Derecho de la competencia, por regla general no lo conseguiría, de manera que aquella carga (el sobreprecio) acabaría siendo soportada por ambos. La proporción en que esto se producirá, dependerá, en realidad, no de la voluntad del comprador directo, sino de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda de los bienes y servicios afectados. Si la demanda es muy elástica en relación a la oferta, la carga del sobreprecio recaerá principalmente sobre el comprador final-comprador indirecto. Pero si ocurriría lo contrario, esto es, demanda muy elástica en relación con la oferta recaería fundamentalmente en los vendedores-compradores directos.

⁹⁴ Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013 (cit.). Vid. V. SOPEÑA/G. MARTÍN: “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España ...”, *cit.*; F. MARCOS FERNÁNDEZ: “Damages’ claims in the Spanish sugar cartel”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514239.

⁹⁵ Sentencia de la AP de Madrid de 3 de octubre de 2011. Vid., un comentario crítico de la sentencia en C. HERRERO: “L’eccezione di trasferimento di costi in azioni follow-on”, *cit.*, pp. 204 y ss.

zamiento de estas acciones. No se acomete la regulación de las acciones colectivas, relegándolas a una mera recomendación y tampoco se fijan impulsos reales para favorecer este tipo de acciones, descartándose de forma tajante, las soluciones adoptadas en otras jurisdicciones como, por ejemplo, el mecanismo de daños múltiples o punitivos o la elección de un sistema de “*opt-out*” en el recurso colectivo.

No obstante, algunas de las medidas contempladas sí podrían favorecer, al menos en el ordenamiento jurídico español, una mayor utilización de estas acciones, removiendo obstáculos tradicionales –o al menos, fijando criterios claros de interpretación- y alineando la regulación nacional con la existente en otros Estados europeos, como, *ad.ex.*, en materia de prescripción, de vinculación a la resolución contencioso-administrativa, de responsabilidad solidaria o de acceso a pruebas.

110. Por lo que a la PLTD se refiere, es necesario, a efectos de su valoración dividirla en dos mitades netamente diferenciadas.

En relación con los aspectos denominados “sustantivos” sí consideramos positiva la inclusión de un título específico en materia de acciones privadas en la LDC –sin perjuicio de que pudiera haberse hecho uso de la posibilidad de modificar determinados preceptos civiles con carácter general, *ad.ex.*, en materia de prescripción-. Por lo que al contenido de este título se refiere, la propuesta es prácticamente mimética de la Directiva, no separándose de la misma ni por exceso ni casi por defecto. Prácticamente todo el articulado de la Directiva ha sido reproducido en el título propuesto, aunque alguna disposición pudiera resultar aparentemente innecesaria, como, por ejemplo, la referencia al alcance del daño. Toda exigencia comunitaria ha sido cubierta, al menos, formalmente, porque, pese a resultar bastante claro –dados los términos en los que se redacta- que el “espíritu” europeo era la fijación del momento de producción del perjuicio como el inicio del devengo de intereses, éste no ha sido recogido en la propuesta. A nuestro juicio, la propuesta es más criticable por defecto, por no hacer uso de las áreas de libertad que permite la norma europea y aprovechar la ocasión para acometer la regulación de determinadas cuestiones que hubieran favorecido una regulación más completa y eficaz de las acciones de daños. Si bien es cierto que es susceptible de valoración muy positiva que se haya decidido, siguiendo el modelo alemán, extender la vinculación a las resoluciones de ANC extranjeras, hubiera sido oportuno, a nuestro juicio, regular otras cuestiones no incluidas en la Directiva, como, las acciones colectivas, mejorando la regulación general contenida en la LEC.

Sin duda, la parte más rompedora y ambiciosa y, por tanto, más polémica, es la puramente procesal y, concretamente, la referida al acceso a las fuentes de prueba. En relación con las previsiones contenidas en la Directiva, se mantiene la fidelidad al texto comunitario y se reproduce en una subsección específica dentro de la LEC todo lo referente a la protección de la información contenida en un expediente de una autoridad de competencia, suscitándose pocos problemas. Pero en esta materia, sí se ha decidido actuar “por exceso” y proponer una reforma general de la LEC sobre acceso a fuentes de prueba, contemplándose un sistema cercano al *discovery* americano y cuya introducción acrítica en el ordenamiento jurídico español puede plantear fricciones.

CROSS BORDER TESTAMENTARY TRUSTS AND THE CONFLICT OF LAWS*

TRUSTS TESTAMENTARIOS TRANSFRONTERIZOS Y CONFLICTO DE LEYES

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

*Senior Lecturer in Private International Law
University of Alicante*

Recibido: 14.01.2016 / Aceptado: 27.01.2016

Abstract: The trust is a creation of equity and the English Common Law which has not passed to civil jurisdictions. Among the different types, the testamentary trusts are created by the testator in the will to provide the benefits of property after his or her death. This article explores the issue of conflict of laws –jurisdiction and applicable law- and the cross-border testamentary trusts from the perspective of English Common Law. The paper highlights the obstacles arising in the application of the conflict of law rules in this matter and concludes that in order to avoid them an approach between the Common and Civil law systems would be desirable. In this sense, the introduction and recognition of the trust into the Civil legal systems, by signing and ratifying the Hague Trusts Convention, could be a first step toward achieving this objective, since it would allow to introduce specific conflict of laws rules for testamentary trusts into their legal systems, applying, when necessary, the mandatory provisions as foreseen in the Convention in order to ensure the application of the forced heirship rights recognised in the majority of Civil law systems.

Keywords: trusts, cross-border testamentary trusts, conflict of laws, jurisdiction, applicable law, Hague Trusts Convention, European Union Law, English Common Law.

Resumen: El trust anglosajón es una creación de los tribunales de equidad en los países del *Common Law* que no se encuentra regulada en la mayoría de los países de tradición jurídica de *Civil Law*. Entre los diferentes tipos existentes, los trusts testamentarios son creados por el causante en su testamento y, tradicionalmente, se han considerado muy útiles en la planificación sucesoria. Este artículo ofrece un análisis de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado a los trusts testamentarios transfronterizos –competencia judicial internacional y ley aplicable- desde la perspectiva del Derecho inglés, poniendo de manifiesto las dificultades que surgen y destacando la conveniencia de llevar a cabo una convergencia entre los sistemas de *Common law* y *Civil law* en esta materia. En este sentido, la ratificación del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento podría ser un primer paso que permitiese introducir normas de conflicto aplicables a los trusts testamentarios en los ordenamientos jurídicos continentales sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones imperativas y de orden público previstas en el propio Convenio con el fin de garantizar la aplicación de los derechos de legítima previstos en la mayoría de las legislaciones continentales..

Palabras clave: trust, trusts testamentarios transfronterizos, Derecho internacional privado, competencia judicial internacional, ley aplicable, Convenio de La Haya sobre el trust, Derecho de la Unión Europea, Derecho inglés.

* This article was partially written during a stay as Visiting Scholar at Wolfson College, University of Oxford. I would like to express my gratitude to my host, Wolfson College Oxford and, in particular, to Professor Denis Galligan for their assistance. The research for this article was supported by a grant from Generalitat Valenciana, Conselleria d'Educació, Cultura i Esport (BEST/2015/239).

Summary: I. . Introduction. II. Differences between Common and Civil law approaches. 1. The trust and the civil law concept of ownership. 2. Forced heirship rights. III. Jurisdiction of the English Court over cross-border testamentary trusts. 1. Jurisdiction under European Union legislation. A) Brussels I Regulation. a) Domicile of the defendant as general jurisdictional rule. b) Jurisdiction of the Court in which the trust is domiciled. c) Exclusive jurisdiction. d) Prorogation of jurisdiction. B) European Union Successions Regulation. 2. Appropriate forum under the common law rules. A) General rule: person of defendant and subject matter. B) Forum conveniens. C) Forum non-conveniens. IV. The governing law of cross-border testamentary trusts. 1. European Union legislation. A) Rome I Regulation. B) Rome II Regulation. C) European Union Successions Regulation. a) Exclusion of the trusts from the scope of the Regulation. b) Reasons for excluding the trusts from the scope of the Regulation. 2. The Hague Trusts Convention and the Recognition of Trusts Act 1987. A) Introduction. B) Preliminary issues excluded from The Hague Trusts Convention. a) The validity of the will. b) The law governing the assets transferred to the trustee. C) Applicable law. a) The choice of law by the settlor as a general rule. b) Governing law in default of choice: the most closely connected principle. c) Trusts governed by several laws. d) Exclusion of *renvoi*. e) Mandatory provisions, overriding provisions and public policy. f) Forced heirship rights and the applicable law. g) Scope of application of the governing law. h) Multi-legal system states. C) Recognition of trusts. V. Concluding remarks.

I. Introduction

1. The trust is a creation of equity and the English common law which involves the notion of holding property on behalf of someone else. In the trust there is not an absolute owner of the property and, once the settlor has constituted the trust, some ownership rights are vested in the trustee – management and control of the property –while others are vested in the beneficiary – the rights to benefit and profit¹. Therefore, there is a division of the ownership rights between the trustee, who has the legal title to the property for the interest and benefit of the beneficiaries (legal ownership) and the beneficiaries who have the beneficial title (equity ownership). It has its origin in feudal land law of the Middle Ages where no person, apart from the Crown, was an absolute owner of land.²

This institution has not passed to civil jurisdictions where ownership is an abstract concept which, contrary to what happens in the trust, requires the owner to have the right of disposition, management and enjoyment of the property, in short, all the ownership rights³. For this reason, civil law states find it very difficult to give effect to a trust in their jurisdictions where this figure is unknown, although some concepts developed under the civil law jurisdictions have some features or characteristics of the trust, for instance, the *fiducia*.⁴

¹ P. MCLOUGHLIN and C. RENDELL, *Law of Trusts*, London, Macmillan, 1992, pp. 3-4.

² S. PANESAR, *Exploring Equity and Trusts*, Harlow, Longman, 2010, pp. 49 y 50, quoting J.L. BARTON, *The Medieval Use*, Law Quarterly Review, nº 562, 1965.

³ Nonetheless, this figure has been studied by authors in most jurisdictions. Thus, for references to the relevant literature in Spain *Vid.*, among others, E. ARROYO AMAYUELAS (Coord.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosh, 2007; M. A. ASÍN CABRERA, “La ley aplicable al trust en el sistema de Derecho internacional privado español”, *Revista General de Derecho*, nº 547, 1990, pp. 2089-2119; E. CASTELLANOS RUIZ, “El trust en el Derecho sucesorio español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 704, 2007, pp. 2429-2479; M. CHECA MARTÍNEZ, *El “trust” angloamericano en el derecho español*, Madrid, McGraw Hill, 1998; C. GONZÁLEZ BELFIUS, *El trust: la institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosh, 1997; B. UBERTAZZI, “El trust en el derecho internacional privado italiano y español”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. V, 2005, pp. 199-219; and M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho español*, Navarra, Thomson Civitas, 2006.

⁴ *Vid.*, A. DYER and H. VAN LOON, *Report on trusts and analogous institutions*, paras. 147-78, 77-92 (available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5791&dtid=1). For a comparative study between the trust and the fiducia, *Vid.*, J. DE ARESPACOCHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, LexisNexis, 2004; S. CÁMARA LAPUENTE, “El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea”, *Derecho Privado Europeo*, 2003, pp. 1099-1172; E. CASHIN RITAINE, “Panorama comparé du droit matériel du trust (ou une esquisse impressionniste des concepts de trust et de fiducie)”, in *Le trust en droit international privé, Perspectives suisses et étrangères*. (Actes de la 17ème Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne (Institut suisse de droit comparé, Schulthess, 2005) pp. 17-28; and D. A. R. BECKNER, A. DEVAUX and M. RYZNAR, “The trust as more than a common law creature”, *Ohio Northern University Law Review*, nº 20, 2014, pp. 19-24.

2. Nevertheless, in the sphere of the European Union many authors recognise the modern utility of the trust⁵ and some civil law countries – Italy, the Netherlands, Malta and Luxembourg – have adopted an approach which involves ratifying the Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition or just have signed the Convention but not yet ratified it -such as Cyprus and France-;⁶ while others have introduced trusts or functionally similar devices into their legal systems –ie. Czech Republic, Hungary, Liechtenstein or Romania-. Thus, as has already been said, the Hague Convention represents “a vital commencement between legal cultures in an agreement on trust law”.⁷ In this way, the introduction of the trust into the conflict of law rules of civil law states could be a first step forward for the introduction of the trust into their domestic systems.⁸

In addition, there are other initiatives in Europe aimed at facilitating the understanding of the figure of the trust, and to encourage and enable its incorporation and development into the civil law system countries, for example, the Principles of European Trust Law⁹ or the project of Common Core of European Private Law,¹⁰ that try to demonstrate a relationship between the different laws relating to the concept of the trust. More recently, reference should be made to the *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*¹¹, a project, promoted by the European Commission¹² which contain Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, it is to say, model rules on several areas of private law including provisions relating to trusts. Therefore, it intends to provide Europe with a uniform trust law and may contribute to resolve the problems that divergent national trust law within the member states creates on cross border trusts. The *DCFR* defines the trust as follows: “*A trust is a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes*”¹³.

⁵ *Vid.*, among others, S. CÁMARA LAPUENTE, “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, in *Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, L. PRATS ALBENTOSA (Coord.) (Derecho de la persona, familia y sucesiones), Madrid, Wolters Kluwer España, Vol. 1, 2012, pp. 791-792; *Ibid.* “Trusts y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación”, *Diario La Ley*, nº 7685, 2011, p. 4; M. GRAZIADEI, U. MATTEI and L. SMITH, *Commercial trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; H. HANSMANN and U. MATTEI, “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York University Law Review*, nº 73, 1998, pp. 434; D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN, and H. L. E. VERHAGEN (eds.), *Principles of European Trust Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1999; J. H. LANGBEIN, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale Law Journal*, nº 95, 105, pp 625, and 640-643; M. LUPOI, *Trust: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; U. MATTEI, “Basic Issues of Private Law Codification in Europe: Trust”, *Global Jurist Frontiers*: Vol. 1: No. 1, 2001, Article 5; and G. G. TRIANTIS, “Organizations as Internal Capital Markets: the Legal Boundaries of Firms, Collateral, and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises”, *Harvard Law Review*, nº 117, 2004, p. 1102.

⁶ This Convention was concluded on 1 July 1985 and entered into force on 1 January 1992. By now it has been ratified by the following States: Australia, Canada, Italy, Luxembourg, Malta, Monaco, the Netherlands, Switzerland and the United Kingdom (available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59). (henceforth, the Hague Trusts Convention).

⁷ D. W. M. WATERS, “The Hague trusts Convention twenty years on”, in M. GRAZIADEI, U. MATTEI and L. SMITH (eds), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 97.

⁸ *Vid.*, J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 336.

⁹ These principles were the result of the project organised in 1996 at the University of Nijmegen, the Netherlands, and led by Professor David Hayton. *Vid.*, D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN, and H. L. E. VERHAGEN (eds), *Principles of European Trust Law, op. cit.*

¹⁰ This comparative law study was launched in 1995 by U. MATTEI and M. BUSSANI. *Vid.*, M. GRAZIADEI, U. MATTEI and L. SMITH, *Commercial trusts in European Private Law, op. cit.*

¹¹ *Vid.*, “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by C. Von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke and H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, M. STORME (available at http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

¹² *Vid.*, European Commission, Communications to the European Parliament and the Council – A more coherent European Contract Law: an action Plan, COM (2003) 68 final, OJ 2003 C 63/1; and European Commission, Communications to the European Parliament and the Council – European Contract Law and the revision of the Acquis: The way forward, COM (2004) 651 final

¹³ *Vid.*, X. – 1:201: Definition of a trust, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR).

3. Among the different types, the testamentary trusts are express private trusts created intentionally by the absolute owner of property (settlor)¹⁴. In such a cases, the testamentary trusts have to meet three certainties – intention, subject matter and object – as the settlor (the testator) must demonstrate in the will a clear intention to create a trust,¹⁵ and the properties' legal title must be transferred to the trustees before it is effective.¹⁶

4. The reasons to include a trust in the will can be varied, for example, to provide protection for young children or a disabled person, to save tax, or simply to protect the testator's assets after he or she dies. Certainly, the trust is created by the testator in his or her will to provide the benefits of property after the death of that person. Thus, often a family property is held on a trust established by the will of the testator because the testator does not want to leave his or her property directly to one or several persons. In addition, when the trust is created by will it is irrevocable since the testator has died and questions regarding the validity of a trust could arise. This issue must be resolved applying not only the law of trusts but also the law of successions, because of the interrelation of both laws¹⁷.

5. The creation of trusts by will can occur in two cases: a) where the will specifies that all or part of the property of the deceased person has to be held on trust; or b) where the recipient of the property is under the age of 18 and the legal title has to be held for him or her until the mentioned age. Accordingly, where the trust is created by the will, the trustees will be appointed by the will and, once the executors have finished the administration, they will transfer the property of the deceased person to the trustees, although sometimes it does not happen, as when the executor and the trustee are the same person.¹⁸ Nevertheless, it is arguable that it is not always appropriate that the same person plays the role of executor and trustee at the same time in view of the existing differences between the executor's duties –which can be completed within a few years– and the trustee's tasks, as the management of the trust can last up to 125 years. In addition, sometimes the powers given to the executors and the trustees may come into conflict.¹⁹ Thus, once the *settlor* has died, he or she is no longer the owner of the assets in the trust fund, but the trustees who will own the legal title to the assets and, consequently, the possibility of managing them after the death of the settlor.

II. Differences between Common and Civil law approaches

6. As previously stated, the trust is a common law legal concept that does not exist in the majority of civil law jurisdictions, since the civil law legal tradition does not recognise the divisibility of property as the trust does. On the other hand, there are some legal concepts, such as *forced heirship rights*, recognised in the majority of national legislations in civil law countries which make the implementation and recognition of the trust institution under civil law jurisdictions difficult. Although, under English law -Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975²⁰- there are mandatory family protection rules, it can be said that there is a wide discrepancy between the common and civil law approaches considering that the English mandatory protection rules are discretionary while the civil law rules are fixed.²¹

¹⁴ *Re Kayford* [1975] 1 WLR 279; *Paul v Constance* [1977] 1 WLR 527.

¹⁵ *Knight v Knight* (1840) 3 Beav 148; *Knight v Boughton* (1840) 11 Cl & Fin 513.

¹⁶ *Milroy v Lord* (1862) 4 De GF&J 264.

¹⁷ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "Testamentary trusts in English Law: An introductory approach", Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, nº 1, 2015, pp. 100-102.

¹⁸ S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 28-30.

¹⁹ G. STEEL, *Trust practitioner's handbook*, 3rd edn, London, The Law Society, 2012, pp. 45-46.

²⁰ *Vid.*, Chapter 63 of the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>).

²¹ D. HAYTON, "European Commission's Green Paper Consulting on Succession with an International Dimension, Appendix B", 5 (available at http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ls_appb_en.pdf

Therefore, the approach to succession is more flexible under common law systems than under civil law systems and the concept of the trust is crucial to explain this flexibility. The following example can be very instructive: in common law systems the trust can be used to transfer majority shareholdings in companies to trustees to manage for the benefit of the heirs (descendants and spouse). Meanwhile, in civil law systems the compulsory application of the *forced heirship rights* would forcefully be passed small minority shareholdings to each of one's heirs. Which of the two systems is better for protecting the interests of the heirs? Arguably, the common law system allows a greater amount of flexibility.

1. The trust and the civil law concept of ownership

7. Some civil law authors have considered the trust as equivalent to other institutions like the *fidei commissum* or the usufruct. Nevertheless, it could be a mistake inasmuch as the trust is unique for the following reasons:

First of all, in the trust there is a clear separation between the legal ownership (the legal title) vested in the trustee and the beneficial ownership of the trust vested in the beneficiaries. Secondly, the trust property constitute a separate fund²². It means that the assets held by the testamentary trusts belong to the trust not to the beneficiary personally. Consequently, the creditors will be unable to access the assets in the trust, for example, where the trustee become bankrupt. Thirdly, the proprietary interests of the beneficiaries in the trust property lead to the control of the property by the trustees, because the interests of the beneficiaries prevail not only over the interests of the trustee but also over any claiming under the trustee. Finally, the trust property is considered as a fund and part of the assets of the trust could be sold and reinvested.²³

8. On the contrary, civil law systems recognise that the ownership is an absolute right by extension of individual freedom. It means that the ownership is unique, indivisible and inalienable, and that only one person has the ownership or *dominum* over property –right to use, to enjoy and to dispose, meanwhile the others have personal claims against the owner of the property²⁴. Therefore, there is no division between the legal and the beneficial ownership.

2. Forced heirship rights

9. Continuing with the differences between the common and civil law approaches, now the following question arises: may an individual be free to dispose of his property as he or she pleases? The answer will be different depending on the legal system we refer to. Thus, civil law systems recognise the *forced heirship rights*, that is to say, the rights conferred by the law on some relatives of the deceased if they accept the succession. These rights cover a part of the estate of the deceased, are governed by the testator's personal law and cannot be disposed by the will. It means that there is a reserve portion of which certain heirs cannot be deprived and a free portion which can be disposed of by the testator according to his or her will.²⁵ Consequently, one thing is clear: that the approach adopted by the different

²² Hague Trusts Convention, art 11.

²³ J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL, *Lewin on Trusts*, 18th ed., London, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 14-15, para 1-20.

²⁴ D. A. R. BECKNER, A. DEVAUX and M. RYZNAR, "The trust as more than ...", *loc. cit.*, p. 12; and F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures*, 2nd edn, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, p. 24. Thus, for instance, the Spanish Civil Code, in its article 348, stipulates that the right of property includes the right to enjoy and dispose of a thing, without other limitations than those established by law, and that the owner has an action against the holder and possessor of the thing to claim it. *Vid.*, Real Decreto de 24 de julio de 1889 (available at <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>). In the same way, article 544 of the French Civil Code defines ownership as "the right to enjoy and dispose of things on the most absolute manner, providing they are not used in a way prohibited by statutes or Regulations" (available at <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>)

²⁵ For example, the Spanish Civil Code in article 806 refers to the reserved portion, "legitima", as the portion of the deceased's estates which the testator cannot dispose of under his or her freedom of testation, since it is guaranteed by law to certain heirs, so-called forced heirs. *Vid.*, Real Decreto de 24 de julio de 1889 (available at <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>). The French Civil Code also refers to forced heirship in article 912 and considers that it is a

jurisdictions to answering this question will have consequences in other jurisdictions and, as far as the trust is concerned, *forced heirship rights* could raise problems because of the clawback feature.

10. Generally speaking, the different approach between the two systems resides in the distinct concept of protection of the family that each system recognises. Hence, while the English system considers that the parents have no legal obligation to their grown-up children, except if they have physical or mental problems, the civil law system believes that parents must protect their children by giving them a part of their property.²⁶ Therefore, the trust – which reflects the importance of the freedom of a person to alienate his or her property at the time of death – and the *forced heirship rights* – which try to protect the interests of family members – are not compatible to the extent that when the testator has disposed of a portion greater than that available, according to the free portion, gifts or legacies are subject to the “clawback” rule, that is to say, the forced heirship is allowed to clawback lifetime gifts or legacies in order to protect their rights. Otherwise, the forced heirs would not receive a proper share of the estate of the testator, which is considered unfair under civil law systems.

11. It is arguable whether or not *forced heirship rights* may be considered by the law as public policy. Some civil law jurisdictions have considered that they are and could be imposed as a limit to the application to foreign law and, consequently, to the trust.²⁷ But some authors have argued that the *forced heirship rights* as public policy should only apply under exceptional circumstances in order to achieve the unity of law.²⁸ Otherwise, the direct consequence would be that *forced heirship rights* may be ignored in favour of the trust. Of course, this system could be contrary to the common law system of inheritance. As a result, a testamentary trust created by an English testator could be affected by the *forced heirship rights* of a civil law country, for example the French, where there are no restrictions as far as the years are concerned in order to claim for compensation where property was given away before the death of the testator. This rule would be considered uncertain and unfair considering that under common law systems property given away by the testator in his or her lifetime will not be considered as part of his or her estate at death. Accordingly, where somebody claims *forced heirship rights* under a foreign *lex successionalis* it would operate only for the estate of the testator at the moment of death.

12. However, does it mean that the English system is unfair to heirs compared to the civil law system? Obviously no, since the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 allows people to challenge the gifts made in bad faith within six years of the death with the intention of defeating an application for financial provision under this Act. In such a case, “*the court may order the donee (whether or not at the date of the order he holds any interest in the property disposed of to him or for his benefit by the deceased) to provide, for the purpose of the making of that financial provision, such sum of money or other property as may be specified in the order*”.²⁹

13. In conclusion, generally speaking *forced heirship* rules are contrary to the principle of autonomy of the testator to dispose of his or her property when creating a testamentary trust. In addition, where the public policy rules apply, the testamentary trusts will have to reduce the estates to the ne-

reserved portion of the deceased's estates guaranteed free of charges by the law to certain vesting heirs if they are called to the succession and they accept (available at <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>).

²⁶ D. HAYTON, “European Commission's Green Paper ...”, *doc. cit.*, p. 5.

²⁷ *Vid.*, for example, the Spanish Supreme Court Decision on 23 October 1992 (STS 7948/1992). In the Spanish doctrine, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 8th ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2015, p. 151, consider the forced heirship rights as a matter of domestic public policy instead of international public policy and, therefore, could not be imposed a limit to a trust.

²⁸ D. A. R. BECKNER, A. DEVAUX and M. RYZNAR, “The trust as more than ...”, *loc. cit.*, p. 19, in the context of the European Union Succession Regulation.

²⁹ Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, *doc. cit.*, section 10, Dispositions intended to defeat applications for financial provision. *Vid.*, the Report of The Law Society, “Joint Response of the Law Society of England & Wales and the Society of Trust & Estate Practitioners to the European Commission's Green Paper on Succession and Wills”, 2-3 (available at http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ls_en.pdf).

cessary extent in order to guarantee the *forced heirship rights*. Hence, it cannot be said that the trust is incompatible with *forced heirship rights* but it could be argued that there is a boundary to the trust under foreign jurisdictions which apply the *forced heirship rights* since this rule limits the right of the settlor and, consequently, the trustee.³⁰

III. Jurisdiction of the English Court over cross-border testamentary trusts

1. Jurisdiction under European Union legislation

A) Brussels I Regulation³¹

14. It may seem that the Recast Regulation only applies to *inter vivos* trusts and not to trusts arising on death under a will due to the exclusion of “wills and successions” from its scope.³² However, for the purposes of the Regulation one must distinguish between the will that creates the trust which is out of the scope of the Regulation and the trust of property which is within the scope of the Regulation.³³ Consequently, the Regulation does not apply to disputes concerning the validity or interpretation of the terms of a will which sets up the testamentary trusts, nor to the disputes concerning the creation, interpretation and administration of trusts arising under the law of successions. Moreover, internal relationships of a trust –between settlor, trustees and beneficiaries– are not covered by the provisions on jurisdiction under the Recast Regulation in the case of testamentary trusts, since they are not of a contractual nature.

15. On the contrary, the external relationships with third parties –for instance, the disputes arising between the trustee and persons other than beneficiaries by virtue of contract, tort, delict or quasi-delict– are of a contractual nature and will fall within the scope of the Recast Regulation which contains specific rules which also apply to trusts created in a will.³⁴

a) Domicile of the defendant as general jurisdictional rule

16. As stated in the Recast Regulation, the primary jurisdiction rule is the “domicile of the defendant”. This means that “persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State”.³⁵ Therefore, the English court will have jurisdiction where the defendant trustee is domiciled in England and Wales. As regards the concept of “domicile”, it will be determined according to the internal law of the Member State “whose courts are seised of a matter”.³⁶ In this sense, English law determines that an individual is considered as domiciled in the United Kingdom if has resided therein for the last three months or more³⁷. When the defendant is a company or other legal

³⁰ D. A. R. BECKNER, A. DEVAUX and M. RYZNAR, “The trust as more than …”, *loc. cit.*, pp. 9-10.

³¹ Council Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters (recast) [2012] OJ L 351 (henceforth, the Recast Regulation).

³² Recast Regulation, art. 1.2 f).

³³ D. HAYTON, “The need for harmonisation of Private international law rules on succession, Appendix C, Topicality in view of the European Commission Green Paper”, 3 (available at http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ls_appc_en.pdf

³⁴ *Vid.*, the official Explanatory Report of Professor Dr P. SCHLOSSER, “Report on the Convention 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, 5/03/79), para 52 and 109 *et seq.*

³⁵ Recast Regulation, art. 4.

³⁶ *Ibid* art. 62.1.

³⁷ *Vid.*, The Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982, s.41 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/27/contents>) and the Civil Jurisdiction and Judgment Order 2001, Sched.1, para 9 (available at <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/3929/contents/made>)

person or association of natural or legal persons they will be considered domiciled at the place where they have their: (a) statutory seat, or b) central administration, or (c) principal place of business.³⁸

17. Where there are several defendants domiciled in more than one jurisdiction, the English court will have jurisdiction, as long as one of the defendants is domiciled in England, “provided the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings”.³⁹ On the other hand, where at least one defendant is domiciled in a non-Member State, the English court could have jurisdiction according to the rules on service and with the permission of the court, provided that there is no prorogation of jurisdiction. Where the English court is unable to exercise jurisdiction over a non-European defendant, they could argue for the application of the doctrine of *forum non-conveniens* in favour of a non-European forum.⁴⁰

18. However, as mentioned by Prof. Schlosser in his Report on the Brussels Convention, in trust matters, it would not be appropriate to base jurisdiction on the domicile of the defendant trustee because it could happen that the domicile of the defendant has no links to the place where the trust property is located and administered.⁴¹

b) Jurisdiction of the Court in which the trust is domiciled

19. In order to provide a better solution, the Recast Regulation, following the exception to the general rule foreseen in the Recast Regulation, sets up an special jurisdiction based on the concept of the domicile of the trust, considering that although trusts have no legal personality they have a geographical centre of operation. In this way: “*A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued: (6) as settlor, trustee or beneficiary of a trust created by the operation of a statute, or by a written instrument, or created orally and evidenced in writing, in the courts of the Member State in which the trust is domiciled*”.⁴² To determine whether a trust is domiciled in the Member State whose courts are seised of a matter, the court shall apply its rules of private international law.⁴³

20. Certainly, the proposed solution, in order to fix the domicile of the trust, will be a difficult matter for the civil law jurisdictions where the trust institution is neither known nor regulated and where no rules of private international law determine the domicile of a trust. In such a case, the solution to solve this conflict could be to apply the domestic law (*lex fori*) which determines the domicile of the natural or legal entities, or to consider that the domicile of the trust is located in the jurisdiction with which the trust is most closely connected.⁴⁴

On the contrary, the concept of domicile is well-developed under English law where a trust is considered to be domiciled in the United Kingdom or a part thereof “*if, and only if, the system of law of that part is the system of law with which the trust has its closest and most real connection*”.⁴⁵ It is

³⁸ Recast Regulation, art. 63.1; the Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982, s.42 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/27/contents>), and the Civil Jurisdiction and Judgment Order 2001, Sched.1, para 12 (available at <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/3929/contents/made>)

³⁹ Recast Regulation, art. 8.1.

⁴⁰ J. MOWBRAY et al., *Lewin on Trusts*, *op. cit.*, pp. 381-382, paras 11-2405.

⁴¹ *Vid.*, the official Explanatory Report of Professor Dr P. SCHLOSSER, *doc. cit.*, para 113.

⁴² Recast Regulation, art. 7.6.

⁴³ *Ibid* art. 63.3.

⁴⁴ This is the solution proposed by the Spanish doctrine in order to determine the domicile of the trust. *Vid.*, for example, M. DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosh, 1986, p. 326; and J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 637-638; other authorities consider that in such a case, the domicile of the trust will be the domicile of the trustee, *Vid.*, M. VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho* ..., *op. cit.*, p. 89.

⁴⁵ *Vid.*, The Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982, s.45 (3) (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/27/contents>) and the Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001, Schedule. 1, para 12 (available at <http://uk.practicallaw.com/uklegislation/uksi/2001/3929/contents>). In *Gomez v Gomez-Monche Vives*, [2008] EWCA Civ 1065, [2009] Ch 245 at [87] and [90] the Court of Appeal held that the system of law with which the trust had its closest and most real connection would apply to determinate its domicile under Article 5(6) of the Recast Regulation.

noteworthy that this will normally be the system of law that provides the law governing the validity of the trust.⁴⁶

c) Exclusive jurisdiction

21. In proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property or tenancies of immovable property, the Recast Regulation establishes exclusive jurisdiction to “*the courts of the Member State in which the property is situated*”⁴⁷ even though neither party is domiciled in a Member State. In such a case, the court of a Member State will have exclusive jurisdiction regardless of the defendant’s domicile.⁴⁸ Nevertheless, the European Court of Justice has interpreted this provision in a restrictive way considering that “*an action for a declaration that a person holds immovable property as trustee and for an order requiring that person to execute such documents as should be required to vest the legal ownership in the plaintiff does not constitute an action in rem within the meaning of Article 16 (1) of the Convention*”, and that “*the conferring of exclusive jurisdiction in the matter of rights in rem in immovable property on the courts of the State in which the property is situated is justified because actions concerning rights in rem in immovable property often involve disputes frequently necessitating checks, inquiries and expert assessments which must be carried out on the spot*”.⁴⁹

22. Therefore, where there is an *in personam* claim exclusive jurisdiction does not apply. In such a case, the trustee may be sued either in the courts of the Member State where he is domiciled or where the trust is domiciled.

d) Prorogation of jurisdiction

23. Moreover, the Recast Regulation allows a trust instrument to include a provision conferring jurisdiction in favour of the court of a Member State “*in any proceedings brought against a settlor, trustee or beneficiary, if relations between these persons or their rights or obligations under the trust are involved*”,⁵⁰ provided that such agreements are not contrary to Articles 15, 19 or 23, referring to the agreement of jurisdiction, nor exclude the competence of the courts which have exclusive jurisdiction by virtue of Article 24.⁵¹ In any case, this provision refers exclusively to the internal relations among the settlor, trustees and beneficiaries and their rights or obligations under the trust. Therefore, being disputes that fall under the scope of creation, interpretation and administration of trusts the choice of jurisdiction clause foreseen under the Recast Regulation will not apply to testamentary trusts.

B) European Union Successions Regulation⁵²

24. This Regulation applies from 17 August 2015⁵³ and provides a uniform system for determining the jurisdiction, the applicable law and the recognition and enforcement of judgements in matters

⁴⁶ D. HAYTON, “Trusts in Private International Law”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Vol 366), Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 2014, p. 46. *Vid.*, *Chellaram v. Chellaram* (Nº 2) [2002] 3 All ER 17 at [162]; and *Gomez v. Gomez-Monche Vives* [2008] EWCA Civ. 1065 [2009] Ch 245, at [72].

⁴⁷ Recast Regulation, art. 24.1.

⁴⁸ J. HARRIS, “Jurisdiction and the enforcement of foreign judgments in transnational trusts litigation”, in D. HAYTON (ed) *The international trust*, 3rd ed., Bristol, Jordans, 2011, pp. 13-14.

⁴⁹ *Vid.*, case C-294/92, *Webb v Webb* [1994] ECR 1-1717; and Case 73/77 *Sanders v Van der Putte* [1977] ECR 2383, at para 13).

⁵⁰ Recast Regulation, art. 25.3.

⁵¹ *Ibid* art. 25.4.

⁵² 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 [2012] OJ L 201 (henceforth, the European Union Successions Regulation).

⁵³ The Regulation entered into force on 16 August 2012 (Article 84) and applies to the succession of persons who die on or after 17 August 2015 (Article 83).

of succession at the European Union level, as well as for the creation of a European Certificate of Succession. Accordingly, it provides for general procedural rules similar to those of other European Union instruments in the sphere of judicial cooperation in civil matters and introduce harmonised conflict of law rules in this subject. This harmonisation only affects to the conflict of law rules of the European Union Member States but does not affect the substantive inheritance national laws⁵⁴.

25. Nevertheless, trusts are partially excluded from the scope of the European Union Regulation, particularly all the questions relating to the creation, administration and dissolution of trusts.⁵⁵ Besides, as far as jurisdiction and testamentary trusts are concerned, the Regulation does not include rules of jurisdiction.

2. Appropriate forum under the common law rules

26. Where the European Union legislation does not apply, common law rules will be applied in order to determine the jurisdiction of the English court. As a general rule, the English court can have jurisdiction on the basis of the person of defendant (*in personam*) or the subject matter concerned.

A) General rule: person of defendant and subject matter

27. As far as the defendant is concerned, the common law rule is that where the defendant, for example the trustee, is an individual within the jurisdiction of the English court, he or she may be served there. Likewise, where the defendant is a corporation with a presence in England it may be served within the jurisdiction of the English court. Conversely, where the defendant is in another territory, he or she can be served in that territory, but in order to do that, the claimant has to obtain permission from the English court.⁵⁶ In addition, the English court may have jurisdiction *in personam* over the defendant under the submission to the jurisdiction of the English court.⁵⁷

28. So far as the subject matter is concerned, the English court will have jurisdiction to enforce the trust to the extent that the trustee can be brought before it, regardless of the governing law of the trust – English or foreign – and the place where the trust property is located – either in England or abroad.⁵⁸

B) Forum conveniens

29. It will apply in cases where the claimant can prove that serving the proceeding under the English court will be the most appropriate method for the resolution of the dispute and the best solution for the interests of all parties involved in the process compared with the alternative of other foreign courts.⁵⁹ In order to prove that, the nature of the dispute, the legal and practical issues involved in the dispute, or the availability of the witness shall be taken into account.⁶⁰ On the other hand, the applicable law to the trust will not be decisive in order to determine the *forum conveniens* of the English court.

⁵⁴ The Regulation applies in all European Union States except the UK, Republic of Ireland and Denmark. (Recitals 82 and 83).

⁵⁵ *Ibid* art 1 2 (j).

⁵⁶ Civil Procedure Rules, Part 6, Services of documents, Rule 6.36, specifies: *In any proceedings to which rule 6.32 or 6.33 does not apply, the claimant may serve a claim form out of the jurisdiction with the permission of the court if any of the grounds set out in paragraph 3.1 of Practice Direction 6B apply* (available at <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06#6.36>).

⁵⁷ J. MOWBRAY et al., *Lewin on Trusts*, *op. cit.*, p. 367, para 11-05 at 11-06.

⁵⁸ *Ewing v Orr Ewing* (1883) 9 App. Cas. 34, HL; *Re Ker's Settlement Trusts* [1963] Ch 553; *Chellaram v Chellaram* [1985] Ch. 409; and *Webb v Webb* [1991] 1 W.L.R. 1410.

⁵⁹ *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1987] A.C. 460, HL; *Vid.*, also DICEY, MORRIS and COLLINS on *The Conflict of Laws*, 15th ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, vol. 1, pp. 429-430, para. 11-142 at 11.143; and A. BRIGGS and P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5th ed., London, Informa Law, 2009, pp. 628-630, para 5.65.

⁶⁰ *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd*, 449.

Nevertheless, it is a positive point if the trust is governed by English law, which the court should take into account in determining its jurisdiction.⁶¹

C) Forum non-conveniens

30. Conversely to the case of forum conveniens, it could happen that the English court considers that it is not the most appropriate forum for determining the claiming but a foreign court. In these cases, the defendant should be submitted to the same considerations referred to above and will have to prove that a foreign forum is much more appropriate than English court.⁶² Where it happens, the English court can decline jurisdiction in favour of a foreign court of which the jurisdiction is considered more appropriate.⁶³

IV. The governing law of cross-border testamentary trusts

1. European Union legislation

31. As a general principle, the European Union conflict of laws rules dealing with the applicable law excludes the trusts from the scope of application of such instruments. Thus, for example, the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations,⁶⁴ the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations,⁶⁵ or the Regulation implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.⁶⁶

A) Rome I Regulation

32. The Rome I Regulation does not apply to the constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries.⁶⁷ As the trust is excluded from the scope of the Regulation, there is no definition of this concept and it has to be understood that the referred exclusion covers all types of trusts, even those arising under a contractual agreement.⁶⁸ On the other hand, the Rome I Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one Member State is party at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict of law rules relating to contractual obligations such as, for example, the Hague Trusts Convention.⁶⁹

B) Rome II Regulation

33. Likewise, the Rome II Regulation excludes from its scope non-contractual obligations arising out of the relations among the settlors, trustees and beneficiaries of a trust created voluntarily.⁷⁰ Without a doubt, the words of this provision are more accurate than the equivalent in the Rome I Regu-

⁶¹ *EMM Capricorn Trustees Ltd v Compas Trustees Ltd* (2001-02) 4 I.T.E.L.R. 34 at 26; and *Koonmen v Bender* (2003-04) 6 I.T.E.L.R. 568 at 38.

⁶² *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd*, *cit.*, at 464-465 and 474-478; *Vid.*, also DICEY, MORRIS and COLLINS on the *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 539, para. 12-010; and A. BRIGGS and P. REES, *Civil Jurisdiction ...*, *op. cit.*, p. 355, para 2.255.

⁶³ To the exception of United Kingdom and Ireland, the theory of *forum non-conveniens* is rejected by the rest of European Union countries. *Vid.*, DNoTl, Institute Notarial Allemand, “Les Successions Internationales dans l’UE. Perspectives pour une Harmonisation” (2004) Bruxelles, 10-11.05.2004, 40, 44.

⁶⁴ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), [2008] OJ L 177.

⁶⁵ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), [2007] OJ L 199.

⁶⁶ 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, [2010] OJ L 343, art Article 1 (2) h.

⁶⁷ Rome I Regulation, art 1 (2) (h).

⁶⁸ *Vid.*, DICEY, MORRIS and COLLINS on *Conflict of Laws*, *op. cit.*, Rule 168, para 29-009.

⁶⁹ Rome I Regulation, art 25 (1).

⁷⁰ Rome II Regulation, art 1 (2) (e).

lation because it refers specifically to the trusts created voluntarily. Certainly, it should be interpreted in the same fashion as in the Hague Convention.⁷¹ *Sensu contrario*, those trusts not created voluntarily, which do not include testamentary trusts, may be affected by Rome II. Again, this Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one Member State is party at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict of law rules relating to non-contractual obligations,⁷² for instance, the Hague Trusts Convention.

34. As The Hague Trusts Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing, it means that it prevails on the Rome II Regulation. Nevertheless, the Hague Trusts Convention stipulates that “*any Contracting State may, at any time, declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions*”.⁷³ The United Kingdom has gone beyond to the Convention in view of the Recognition of Trusts Act 1987 that extends the application of the provisions of the Hague Trusts Convention “*to any other trusts of property arising under the law of any part of the United Kingdom or by virtue of a judicial decision whether in the United Kingdom or elsewhere*”.⁷⁴ Consequently, the Hague Trusts Convention also prevails over the Rome II Regulation in relation to the trusts created by judicial decision but not in those cases related to any other trust of property arising under the law of any part of the United Kingdom if Rome I or Rome II were applicable.⁷⁵ In short, the Rome II Regulation will apply to non-voluntary trusts as well as all those trusts of property arising under the law of any part of the United Kingdom; meanwhile the Hague Trusts Convention will apply to voluntary trusts, for example, testamentary trusts and trusts created by judicial decisions.

C) European Union Successions Regulation

a) Exclusion of the trusts from the scope of the Regulation

35. As pointed out above, trusts are partially excluded from the scope of the Regulation, particularly the creation, administration and dissolution of trusts. Therefore, it is important to distinguish between the validity of the will that creates the trust – the will is under the scope of the Regulation – and the validity of the trust – creation, administration and dissolution – which is excluded from the Regulation. Hence, when the testator creates a testamentary trust the court will apply the *lex successionalis* according to the Regulation in order to determinate the validity of the will, it is to say, to ascertain whether a trust can arise respect of property which is going to pass under a testator’s will. Where the will is valid, then the trust created by the will is also valid regardless of the law applicable to the succession and provided that it observes the provisions of the domestic law governing the trust.⁷⁶

36. However, the Regulation sets out some exceptions. Thus, “*where a trust is created under a will or under statute in connection with intestate succession, the law applicable to the succession under this Regulation should apply with respect to the devolution of the assets and the determination of the beneficiaries*”.⁷⁷ It means that the applicable law to the succession specified by Regulation will govern the “*obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining*

⁷¹ Hague Trusts Convention, art. 3.

⁷² Rome II Regulation, art 28.1.

⁷³ Hague Trusts Convention, art 20.

⁷⁴ Recognition of Trusts Act 1987, section 1 (2) (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/14>), which enacts as English law the choice of law rules of the Hague Trusts Convention. This Act came into force on 1 August 1987.

⁷⁵ *Vid.*, DICEY, MORRIS and COLLINS on *Conflict of Laws*, *op. cit.*, Rule 168, para 29-011, and D. HAYTON, “*Trusts in Private International ...*”, *loc. cit.*, pp. 69-70.

⁷⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, pp. 250-251; and A. BONOMI, “*Choice of law aspects of the future EC Regulation in matters of succession. A first glance at the Commission’s proposal*” in K. BOELE-WOELKO, T. EINHORN, D. GIRSBERGER and S. SYMEONIDES (eds), *Convergence and divergence in Private international law – Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague-Zürich, Eleven International Publishing and Schulthess, 2010, pp. 157-172.

⁷⁷ European Union Successions Regulation, Recital 13.

the shares of the different beneficiaries”,⁷⁸ and it may affect the dispositions made by the testator in the trust.

Regarding the *lex successionis* and the devolution of the assets, it can be distinguished between the devolution of the assets from the testator (the settlor) to the trustee, or from the trustee to the beneficiaries. In the first case, it is a matter dealing with the creation of the trust. Therefore, the *lex successionis* cannot regulate the devolution of the assets from the testator to the trustee since it is excluded from the scope of the Regulation. In the same way, the devolution of the assets from the trustee to the beneficiaries of the trust is a matter dealing with the administration of the trust and, consequently, shall be excluded from the scope of the Regulation.⁷⁹

On the other hand, the scope of the law applicable to the succession will also determine the beneficiaries in any given succession.⁸⁰ A broad interpretation of the term “beneficiary” – which has not been defined under article 3, definitions, of the Regulation – could cover not only heirs and legatees and persons entitled to reserve share but also the trusts beneficiaries. In this sense, the Recital 13 of the Regulation should be understood as referring also to the beneficiaries of the trusts created under a will. Nevertheless, it is a controversial matter, since, if we consider that the term “beneficiaries” includes the beneficiaries of the trust, the *lex successionis* would regulate a matter dealing with the creation of the trust – the parties to a testamentary trust – which is excluded from the scope of the Regulation. Consequently, the term “beneficiary” should not refer to the trusts beneficiaries.⁸¹

37. In conclusion, it becomes apparent that there is a contradiction between the limitation provided for in article 1 of the Regulation, which excludes the creation, administration and dissolution of trusts from the scope of the Regulation, and the statement under Recital 13 of the Regulation, when it stipulates that the *lex successionis* under the Regulation shall apply with respect to the devolution of the assets and the determination of the beneficiaries. In my opinion, the interpretation to be given to that provision will have to be clarified in the future by the European Court of Justice.

b) Reasons for excluding the trusts from the scope of the Regulation

38. Undoubtedly, it could have been a good opportunity to deal with the figure of the trust in a European Union Regulation, which harmonises the conflict of laws rules on succession matters. Nevertheless, the Regulation has excluded the trust in order to prevent civil law system countries having to recognise a discretionary trust included in a will that gives the testator the discretion to specify a group of beneficiaries on the trust property, and which can be contrary to the *forced heirship rights* foreseen in these jurisdictions.

On the other hand, it was unrealistic to think that the Regulation could deal with such a legal concept unknown in the jurisdictions of the majority of the European Union countries, taking into account that, apart from the United Kingdom, only four European Union countries – Italy, Luxembourg, Malta and the Netherlands – have ratified the Hague Trust Convention, while the rest have avoided doing that – only Cyprus and France have signed, although not yet ratified the Convention.

Finally, considering the existence of the Hague Trusts Convention, it is also arguable whether the solution is the adoption of a specific and different conflict of law rules at the European Union level.⁸²

⁷⁸ *Ibid* art 23.2 (i) and Recital 14.

⁷⁹ P. H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, 10th edn, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 100-104; and R. S. PAZ LAMELA, “La exclusión de los “trusts” del futuro Reglamento Bruselas/Roma IV”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. XI, 2011, p. 454.

⁸⁰ European Union Successions Regulation, art 23.2 (b) and Recital 47.

⁸¹ R. S. PAZ LAMELA, “La exclusión ...”, *loc. cit.*, p. 453; and E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria, Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional”, in A. L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, 2014, p. 610.

⁸² G. BAINONI, “L’ambito di applicazione del regolamento sulle successioni”, in P. FRANZINA and A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni “mortis causa”*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 43.

2. The Hague Trusts Convention and the Recognition of Trusts Act 1987

A) Introduction

39. The rules governing the trust are held in the Hague Trusts Convention,⁸³ which were incorporated as part of the law of the United Kingdom by the Recognition of Trusts Act 1987. It is noteworthy that the Convention determines the law applicable to the trust once it has been created. Pursuant to the Convention “the term “trust” refers to the legal relationships created - *inter vivos* or on death” -, and applies only to “trusts created voluntarily and evidenced in writing” – therefore, it applies to testamentary trusts – but does not “to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee”. The Convention will also not apply to the extent that the law, which would be applicable, “does not provide for trusts or the category of trusts involved”.⁸⁴ On the other hand, the Convention does not introduce the trust into the domestic law of the States, but facilitates the recognition of the trusts created in accordance with the law specified by the Convention as far as the purpose of private international law is concerned.

40. The Recognition of Trusts Act 1987, which enacts as English law the choice of law rules of the Hague Trusts Convention, governs the applicable law to trusts in England which applies the Convention’s provisions “*not only in relation to the trusts described in Articles 2 and 3 of the Convention but also in relation to any other trusts of property arising under the law of any part of the United Kingdom or by virtue of a judicial decision whether in the United Kingdom or elsewhere*”.⁸⁵

Thus, when a case of trust is under English jurisdiction the court will decide first whether the Convention is applicable in order to determine the choice of law. Otherwise, the court will apply the common law rules of choice of law. Nevertheless, before that, the court will have to analyse a number of preliminary issues which are excluded from the Hague Trusts Convention.

B) Preliminary issues excluded from The Hague Trusts Convention

41. Where the trust is created by the testator in the will, preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee will be governed by the common law rules since these preliminary issues are excluded from The Hague Trusts Convention⁸⁶. Obviously, in order to create a trust there should be previous or preliminary acts, although they do not relate to the trust. It has been defined by some authors as the “rocket-launcher and the rocket”.⁸⁷ Thus, “*the law*

⁸³ For more information about the conception and evolution and content of the Hague Trusts Convention, *Vid.*, A. E. VON OVERBECK, “Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention”, 1-10 (available at <http://www.hcch.net/upload/expl30.pdf>). The literature on this subject is immense. *Vid.*, among others, J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention*, *op. cit.*; D. W. M. WATERS, “The Hague trusts Convention twenty years on”, *loc. cit.*; D. HAYTON, “The Hague Convention on the Law applicable to Trusts and on their recognition”, *International and Comparative Law Quarterly*, N° 36, April 1987, pp. 260-282; H. KÖTZ, “The Hague Convention on the Law applicable to trusts and their recognition”, in D. HAYTON (ed) *Modern international developments in trust law*, London, Kluwer Law International, 1999, chapter 3; M. O’SULLIVAN, “The Hague Convention on Trusts-Further considerations”, *Journal of International Trust and Corporate Planning*, n° 2, 1993, pp. 65 ss.; D. HAYTON, “The Hague Convention on Trusts: A little is better than nothing but why so little?” *Journal of International Trust and Corporate Planning*, n° 3, 1994, pp. 23 ss.; C. JAUFFRET-SPINOSI, “La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”, *Journal du Droit International*, n° 114, 1987, pp. 23 ss.; E. GAILLARD, “Les enseignements de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance” *Revue juridique et politique*, n° 304, 1990, pp. 304 ss.; E. GAILLARD and D. T. TRAUTMAN, “La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1986, pp. 1 ss. An extensive bibliography on the Convention may be consulted on the website of the Hague Conference on Private International Law (available at <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=59>)

⁸⁴ Hague Trusts Convention, art 2, 3, 4 and 5. D. HAYTON states that the Convention provides a broad description of a trust in order to render the Convention more acceptable to civilian jurisdiction with trust-like institutions. *Vid.*, “Trusts in Private International...”, *loc. cit.*, at p. 61.

⁸⁵ Recognition of Trusts Act 1987, section 1 (2).

⁸⁶ Hague Trusts Convention, article 4.

⁸⁷ *Vid.*, J. HARRIS, *The Hague Trusts ...*, *op. cit.*, pp. 151-157; D. HAYTON, “The Hague Convention ...”, *loc. cit.*, pp. 260-268; and A. E. VON OVERBECK, “Explanatory Report ...”, *doc. cit.*, para 53.

designated by the Convention applies only to the establishment on the trust itself, and not to the validity of the act by which the transfer of assets is carried out”.⁸⁸ In cases of testamentary trusts, the previous existence of the will is necessary – it will be the launcher – to launch the rocket – the testamentary trust. Therefore, in English law, it is clear that the validity of the will and the validity or administration of a trust contained in the will are governed by different laws,⁸⁹ although, in some cases, the law chosen for the trust, or the law which is more closely connected to the trust according to the Convention, could be the same law, for example, the *lex successionalis*.

a) The validity of the will

42. According to English common rules, the formal validity of the will shall be governed by “*the internal law in force in the territory where it was executed, or in the territory where, at the time of its execution or of the testator's death, he was domiciled or had his habitual residence, or in a State of which, at either of those times, he was a national*”.⁹⁰

Thus, as stated by the Will Act 1837 a will should comply with the following formalities and conditions in order to be valid:

- a) it has to be in writing;
- b) it must be signed by the testator, or by some other person in his or her presence and by his or her direction; and
- c) the signature should be made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time.⁹¹

On the other hand, in order to enforce a testamentary trust, a grant of probate or of administration has to be obtained. It will be the proof of the validity of the will, which will allow the English court to give effect to the will.⁹²

b) The law governing the assets transferred to the trustee

43. As far as the law governing the assets transferred to the trustee is concerned, it will depend on the nature – movable or immovable – of the assets. So far as the immovable property is concerned, the English court will apply the English rules to decide where a particular asset is located⁹³; then, the court will determine the nature of the assets according to the law of the place where the asset is located –*lex situs*– and, where the immovable is situated in England and Wales, English law will apply. Conversely, where according to the English rules the immovable is located in a foreign territory the English court will have to consult the appropriate foreign law – including the choice of law rules – in order to determine the applicable law. The governing law to these preliminary issues will rule not only the asset transfer to the trustee but also the validity of the testamentary gift of immovable property, as well as

⁸⁸ A. E. VON OVERBECK, “Explanatory Report ...”, *doc. cit.*, para 54.

⁸⁹ *Re Lord Cable* [1976] 3 All ER 417 at 431; *Chellaram v Chellaram* [1985] 1 All ER 1043 at 1056. Cf. V. LATHAM, “The creation and administration of a trust in the conflict of laws”, in G. W. KEETON and G. SCHWARZENBERGER (eds), *Current Legal Problems*, London, Stevens & Sons limited, Vol. 6, 1953, pp. 180-181, who consider that the law governing the construction of the will ... should presumably be used to construe any trust dispositions contained in it.

⁹⁰ Wills Act 1963, chapter 44.1 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1963/44/enacted>), which incorporates as part of the law of the United Kingdom the disposition of the Hague Convention on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions (available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=40).

⁹¹ Wills Act 1837, as amended, section 9 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents>).

⁹² *Whicker v Hume* (1858) 7 H.L.C. 124 at 143; *New York Breweries Company Ltd v Att.-Gen.* [1899] A.C. 62, HL; *Finnegan v Cementation Co. Ltd* [1953] 1 Q.B. 688 at 693.

⁹³ *New York Life Insurance Co v Public Trustee* [1924] 2 Ch. 101 at 117; *Rossano v Manufacturers' Life Insurance Co* [1963] 2 Q.B. 352 at 378-379.

other important issues as the *forced heirship rights*⁹⁴. The main consequence is that when English law applies the domestic law that the court of the *lex situs* would apply it can give rise to the *renvoi*.⁹⁵

44. On the contrary, the validity of a testamentary gift of movable property will be governed by the law of the testator's last domicile.⁹⁶ When a testator dies abroad, the foreign law will be applied including the rules for the choice of law and, therefore, the applicable law could be either the foreign law if the testator is domiciled abroad or the English law when the *renvoi* applies.⁹⁷

45. While most of the doctrine agrees to apply the foreign choice of law rules in the case of immovables, there are some discrepancies as far as the application of this principle in cases of movables. The main reason is that in the immovables the authorities of the *lex situs* have the physical control of the assets, and therefore, there is no choice for the English court, which has to do what the *lex situs* court would do. However, it does not happen with the movables since the testator's last domicile does not have the same control of the assets and, consequently, the English court has fewer limitations. Therefore, some authors suggest that reference to the whole foreign law should apply to cases of immovables but not to cases of movables where the foreign law should not include its choice of law rules. In this way, the English court could know in advance which domestic law would apply in the foreign court avoiding the application of the *renvoi*.⁹⁸

C) Applicable law

a) The choice of law by the settlor as a general rule

46. The Hague Trusts Convention, as given effect by the Recognition of Trust Act 1987, lays down that "*a trust shall be governed by the law chosen by the settlor*", having into account that it means "*the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws*".⁹⁹ For the validity of the choice it must be "*express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case*".¹⁰⁰ Thus, the choice of law which will govern the validity of the trust can be express but also be implied whenever there is a clear and sufficient reference to the governing provision which can indicate the intention of the settlor.¹⁰¹ In such a case, the court will have to take into account the trust instrument or written evidence in order to ascertain that there is a clear intention of the settlor. Otherwise it will have to examine all circumstances of the case to help with the interpretation of the trust instrument.¹⁰² In testamentary trusts these circumstances may be inferred from the testators' intentions and could be, for example, the residence of the trustees and the place of investment of the trust's assets;¹⁰³ or the *situs* of the assets and the place of administration.¹⁰⁴ Most of the time, the courts will have to find the intention of the testator hidden in the factors with which the trusts have a close connection.¹⁰⁵

⁹⁴ *Earl Nelson v Lord Bridport* (1846) 8 Beav. 547; *Re Miller* [1914] 1 Ch 511 (form of limitation of entail); *Re Hernando* (1884) 27 Ch.D. 284; and *Re Ross* [1930] 1 Ch 377 (forced heir of Italian immovables).

⁹⁵ *Re Ross* [1930] Ch. 377; and *Re Duke of Wellington*, [1947] Ch. 506. *Vid.*, also G. W. KEETON, "Trusts in the conflict of laws", in G. W. KEETON and G. SCHWARZENBERGER (eds), *Current Legal Problems*, London, Stevens & Sons limited, Vol. 4, 1953, pp. 116-117.

⁹⁶ *Thornton v Curling* (1824) 8 Sim. 310; *Whicker v Hume* (1858) 7 H.L.C. 124; and *Macdonald v Macdonald* (1872) L.R. 14 Eq. 60.

⁹⁷ *Re Johnson* [1903] 1 Ch 821.

⁹⁸ J. MOWBRAY et al., *Lewin on Trusts*, *op. cit.*, pp. 393-394, para 11-41.

⁹⁹ Hague Trusts Convention, article 17.

¹⁰⁰ *Ibid* art 6.

¹⁰¹ A pre-Convention example of implied choice of law can be *Vid.*, in *Re Duke of Marlborough v Att.-Gen* [1945] Ch. 78 at 88-90. *Vid.*, also V. LATHAM, "The creation and administration ...", *loc. cit.*, p. 183.

¹⁰² *Tod v Barton* [2002] EWHC 506 (Ch); (2001-02) 4 I.T.E.L.R 715 at 33-35.

¹⁰³ *Re Lord Cable* [1977] 1 WLR 7.

¹⁰⁴ *A-G Campbell* (1872) LR 5 HL 524.

¹⁰⁵ *Lindsay v Miller* (Nº 1) [1949] VR 13.

47. On the other hand, the chosen governing law does not have to be objectively connected with the trust. In this sense, it can be said that the Convention does not impose any limitation and there is a complete freedom to choose the governing law. This fact implies, for example, that an English settlor could choose a foreign law to govern the trust even whether the properties – movable or immovable – were located in England and the beneficiaries of the trust were English citizens domiciled in England. It is clear that in such a case, the English court would be bound by the foreign law chosen by the parties.¹⁰⁶

Nonetheless, it is debatable whether in this case the settlor would have taken the best decision having into account that the chosen law is not the most closely connected with the trust. Hence, for instance, where a trust concerns land it seems that the selection of the *lex situs* should be more appropriate to govern the trust since the property is more closely connected to the State where the land is located. That said, it is interesting to note that the proposed solution would not be the most appropriate in cases where the *lex situs* does not recognise the validity of the trust or, simply, does not regulate the figure of the trust – for example, the Spanish law¹⁰⁷.

In such a case, it can be said that there is a cross border testamentary trust by the fact that the settlor has chosen a foreign law to govern it. Nevertheless, some commentators have criticised this possibility and consider that the settlor should not create a conflict of laws by the mere fact of choosing a foreign law to govern the trust where it is a domestic trust.¹⁰⁸

48. Furthermore, the choice of law is subject to the mandatory rules and public policy provisions of the Convention. Accordingly, under certain circumstances this freedom should be limited because, otherwise, it could lead to the election of an inadequate law in cases in which:

- (a) the law could not be applicable due to the mandatory rules¹⁰⁹ designated by the conflict of laws of the forum or its overriding rules;¹¹⁰ or
- (b) the chosen law is that of a State that has not adopted the Hague Trusts Convention; or
- (c) the chosen law is that of a State that does not recognise the trust;¹¹¹ or
- (d) the application of this law would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).¹¹²

b) Governing law in default of choice: the most closely connected principle

49. In default of choice by the parties, *a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected*, as long as the trust is valid under the referred law. The same thing happens where the law chosen by the settlor does not provide for trusts or the category of trust involved, since in these cases the choice will not be effective¹¹³.

In ascertaining the law with which a trust is most closely connected, the Convention refers in particular to four factors: “(a) the place of administration of the trust designated by the settlor; (b) the situs of the assets of the trust; (c) the place of residence or business of the trustee and; (d) the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled”.¹¹⁴

No doubt, the factors mentioned in the Convention for establishing close connection to the trust ignore testamentary trusts where connecting factors such as nationality, domicile or habitual residence are

¹⁰⁶ G. THOMAS And A. HUDSON, *The law of trusts*, 2nd edn, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 1200, para 43.77.

¹⁰⁷ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Cuestiones actuales sobre los trusts testamentarios y el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. XIV-XV, 2014-2015, pp. 547 ss.

¹⁰⁸ *Vid.*, J. HARRIS, *The Hague Trusts* ... pp. 182-183; and A. E. VON OVERBECK, “Explanatory Report ...”, *doc. cit.*, para 66.

¹⁰⁹ Hague Trusts Convention, art 15.

¹¹⁰ *Ibid* art 16.

¹¹¹ *Ibid* art 5, in conjunction with art 6, second paragraph.

¹¹² *Ibid* art 18.

¹¹³ *Ibid* art 6.

¹¹⁴ *Ibid*, art 7.

of great significance¹¹⁵. But, on the other hand, this is not exhaustive and, therefore, the court might consider other factors like the domicile or residence of the settlor, or the references to a particular law included in the document of trust. In addition, the court should be free to take into consideration and to weigh all the factors given without being influenced or limited by the order laid down by the Convention.¹¹⁶

50. Nonetheless, taking into account that testamentary trusts do not frequently contain a choice of law clause, it is debatable whether the settlor's domicile, which does not appear in the list of factors given by the Hague Trusts Convention, could be taken into account by the court as a relevant factor in order to probate the closest connection of the trust with the law of the settlor's domicile. In my opinion, the domicile of the testator (*settlor*) has a clear and close connection to the trust, because this is the person who creates the trust and in many cases the law of the settlor's domicile will be the law which governs the validity of the trust. In addition, in certain circumstances it will be easier to determine the domicile of the testator than to ascertain the *situs* of the assets or the place of administration.¹¹⁷

In any case, the majority of the doctrine considers that there are four factors which have to be taken into consideration in order to determine the applicable law in default of choice and the settlor's domicile is not there. Consequently, where the mentioned factors clearly determine the applicable law, the settlor's domicile cannot be taken into account.¹¹⁸

c) Trust governed by several laws

51. As happens in the law of contracts,¹¹⁹ The Hague Trusts Convention admits the *dépécage* or the choice – express or implied – of more than one law to govern the different aspects of the trust, particularly matters of administration.¹²⁰ Thus, the settlor may select the law of the place where the trust is going to be administrated to govern those matters, and the law of another country –for example, the law of the State with which the trust is more closely connected– to govern other aspects of the trust –either the construction of the terms of the trusts or its validity.

Nevertheless, some authors have argued that choosing a separate law to govern distinct aspects of the trust could generate more problems than benefits because it is not an easy task to define the term “administration”, which varies depending on the context or the duties associated with this concept. As a result, it is desirable to treat a trust as a unit governed by a single law.¹²¹ In addition, the right to split the trust could lead to the choice of the law of a non-trust State where the concept of trust is unknown, for example, to govern its administration, in which case it would imply more difficulties than advantages in order to carry out this duty.

In this sense, the Convention stipulates that “the law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law”.¹²² By contrast with the provisions of the Rome I Regulation,¹²³ it is clear that the Hague Trusts Convention does not allow the change of applicable law at any time but provides a conflict of law rule to establish the validity of the change.

52. Where the law applicable to the validity of the trust is the English law, the change of the governing law may occur only in cases where all the beneficiaries of the trust collectively agree to change

¹¹⁵ *Vid.*, D. HAYTON, “Trusts in Private International...”, *loc. cit.*, p. 88.

¹¹⁶ J. MOWBRAY et al., *Lewin on Trusts*, *op. cit.*, pp. 406-407, para 11-67; and H. KÖTZ, “The Hague Convention ...”, *loc. cit.*, pp. 41-42.

¹¹⁷ *Vid.*, J. HARRIS, *The Hague Trusts ...*, *op. cit.*, pp. 225-226.

¹¹⁸ *Vid.*, M. O’SULLIVAN, ““The Hague Convention ...”, *loc. cit.*, pp. 65-68.

¹¹⁹ Rome I Convention, art 3 (1).

¹²⁰ Hague Trusts Convention, art 9. *Vid.*, a good pre-Convention example of *dépécage* in *Re Pollak’s Estate* [1937] T.P.D. 91.

¹²¹ *Vid.*, G. THOMAS and A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, p. 1203, para 43.86-43.91; DICEY, MORRIS and COLLINS on the *Conflict of Laws*, *op. cit.*, Rule 168, para 29-26; and J. HARRIS, *The Hague Trusts...*, *op. cit.*, p. 287.

¹²² Hague Trusts Convention, art 10.

¹²³ Art 3 (2) of the Rome I Regulation states: *The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it ...* *Vid.*, also J. HARRIS, *The Hague Trusts...*, *op. cit.*, p. 298.

it.¹²⁴ Likewise, the governing law could be changed also in cases where there is a provision in the trust instrument explicitly allowing such a change.¹²⁵ Finally, law can also be changed by the court insofar as the Variation Trusts Act 1958 allows it.¹²⁶ Conversely, the governing law will not be changed just because there is a change in the place of investment of the trust property, the place of residence of the trustees, or the domiciles of the beneficiaries.¹²⁷ In any case, mandatory provisions of the initial governing law will continue to apply even where the applicable law changes.¹²⁸

53. On the other hand, the right to *dépécage* or to split the trust has some limits. First of all, the trust may be governed by different laws as far as they do not give rise to contradictions. Secondly, where a matter of the trust cannot be split, obviously the entire trust should be subjected to a single law. Finally, the split of the trust may not result in the non-application of the mandatory rules foreseen in The Hague Trusts Convention.¹²⁹

*d) Exclusion of *renvoi**

54. The law resulting from applying the Convention will be “*the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws*”,¹³⁰ that is to say, the substantive law with the exclusion of rules of conflict of laws. With this statement, the doctrine of *renvoi* is clearly excluded from the Convention in the same way that it is excluded in contracts under the Rome I Regulation¹³¹ and taking into account that “*this solution is that of all the modern conventions*”.¹³² Conversely, some authors have criticised this solution, considering that the need for *renvoi* has not passed¹³³ and that this exclusion suggests that the governing laws shall not be applied as a judge in the foreign State would do.¹³⁴

e) Mandatory provisions, overriding provisions and public policy

55. Mandatory provisions of the State whose law has been appointed by the choice of law rules of the forum will be applicable insofar as they cannot be derogated from a voluntary act. This is what follows from the statement of the Convention when it states that: “*the Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act*”.¹³⁵

Among the matters subject to mandatory rules established by the Convention, it is interesting to note the “*succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives*”,¹³⁶ because it directly connects the testamentary trusts and the *forced heirship rights* which exist under certain civil law legislations.

56. This matter is very controversial and it is convenient to distinguish between the transfer of the legal title to the trustee – a matter outside the Hague Trusts Convention and, therefore, the manda-

¹²⁴ *Re Duke of Marlborough v A--G* (N 1) [1945] Ch. 78, 85.

¹²⁵ J. MOWBRAY et al., *Lewin on Trusts*, *op. cit.*, p. 410, para 11-74.

¹²⁶ Variation Trusts Act 1958, section 1 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/6-7/53/section/1>).

¹²⁷ *Re Fitzgerald* [1904] 1 Ch. 573, 588 (CA) so far as the change in the place of investment is concerned; and *Re Hewitt's Settlement* [1915] 1 Ch. 228, 233-234, with respect to the change of the place of residence of the trustees and the change of domicile of the beneficiaries.

¹²⁸ G. THOMAS and A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit* p. 1204, para 43.95 at 43.96.

¹²⁹ *Vid.*, J. HARRIS, *The Hague Trusts...*, *op. cit.*, pp. 281-282.

¹³⁰ Hague Trusts Convention, art 17.

¹³¹ Rome I Regulation, art 20.

¹³² A. E. VON OVERBECK, “*Explanatory Report...*”, *doc. cit.*, p. 160.

¹³³ *Vid.*, J. HARRIS, *The Hague Trusts...*, *op. cit.*, pp. 387-388; A BRIGGS, “*In praise and defence of *renvoi**”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, 1998, p. 877; and E. RIMMELL, “*The place of *renvoi* in transnational litigation-a pragmatic approach to an impractical doctrine*” Holdsworth Law Review, n° 19, 1998, p. 55. A good example which shows that *renvoi* has not passed is the European Union Successions Regulation that recognise *renvoi* under article 21.1.

¹³⁴ *Vid.*, J. HARRIS, *The Hague Trusts...*, *op. cit.*, p. 190.

¹³⁵ Hague Trusts Convention, art 15.

¹³⁶ *Ibid*, at paragraph (c).

tory rules should not be applied – and the creation of the trust itself, which is a matter falling within the Convention and, consequently, restricted by the mandatory rules of *forced heirship rights*.¹³⁷ Thus, as explained earlier, *forced heirship rights* claims to movables will be governed by the law of the testator's domicile at death, while in the case of immovables it will be governed by the *lex situs*.

From the English law viewpoint the transfer of property to trustees is considered as an intervivos transfer of property, therefore, a preliminary issue governed by the *lex situs* and not by the *lex successionalis*. Consequently, such a transfer is valid since the Convention cannot prevent the transfer of title to property in so far as cannot be derogated from by voluntary act.¹³⁸

As far as *forced heirship* provisions are concerned, they fall outside the Convention since may be considered as a preliminary issue subject to the *lex successionalis*. Nevertheless, they could impede the launch of the trust in so far as the property of the deceased person is subject to the *forced heirship rights* claims.¹³⁹

57. Besides, the Hague Trusts Convention protects the application of the mandatory rules of the law of the forum “*which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws*”.¹⁴⁰ It refers to overriding provisions, some times called *lois de police* –laws protecting public health, cultural heritage of the country, certain vital economic interests, or the protection of interests of the weaker contracting parties in a contract–,¹⁴¹ which cannot be derogated and which will be applied irrespective of the law governing the trust.

In exceptional circumstances, the *lois de police* of another State which has a sufficiently close connection with the case may apply. However, this provision may create uncertainties and the United Kingdom made a reservation to avoid the application of such paragraph.¹⁴²

Where domestic mandatory rules foreseen under article 15 and international mandatory rules predicted under article 16 conflict it has to be assumed that international mandatory rules will prevail over domestic ones.

58. Last, but not least, where the application of any or all provisions of the Convention would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*) they will be disregarded.¹⁴³ Obviously, this provision refers to the forum's public policy and, consequently, this provision has to be interpreted in a restrictive way and after applying the possibilities foreseen under articles 4, 13, 15 and 16; otherwise, the Convention could be adversely affected. In addition, it is noteworthy that the expression *ordre public* which contains the Convention in brackets at the end of article 18 has not been included in the Recognition of Trusts Act 1987, where only the term public policy appears. According to some authors it is a clear sign of the restrictive way in which this article should be applied, since the doctrine of *ordre public* in continental legal systems has a wider meaning than the doctrine of public policy under the English law¹⁴⁴ where some examples of public policy might be: discriminatory rules, rules violating human rights,¹⁴⁵ or oppressive foreign exchange control legislation.¹⁴⁶ Thus, as Professor D. Hayton states “*the*

¹³⁷ J. HARRIS, *The Hague Trusts...*, *op. cit.*, pp 54-55.

¹³⁸ D. HAYTON, “*Trusts in Private International ...*”, *loc. cit.*, p. 92. *Vid.*, *Gorjat v Gorjat* [2010] EWHC 1537 (Ch) at [8]

¹³⁹ *Vid.*, D. HAYTON, “*Trusts in Private International ...*”, *loc. cit.*, p. 91. *Vid.*, *Casani v Mattei* (1998/1999) 1 ITEL 925 at 947; and *Re Annesley* [1926] Ch 692.

¹⁴⁰ Hague Trusts Convention, art 16.

¹⁴¹ *Vid.*, DICEY, MORRIS and COLLINS on *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, Rule 168, para 29-032; and A. E. VON OVERBECK, “*Explanatory Report ...*”, *doc. cit.*, para 149.

¹⁴² Hague Trusts Convention, article 16.

¹⁴³ *Ibid* art 18.

¹⁴⁴ *Vid.*, J. HARRIS, *The Hague Trusts...*, *op. cit.*, pp. 391-392, quoting A. E. ANTON (with P. R. BEAUMONT), *Private International Law: A Treatise from the standpoint of Scots Law*, 2nd edn, Edinburgh, W Green, p. 641.

¹⁴⁵ *Oppenheimer v Cattermole* [1976] A.C. 249 (H.L.); *William & Humbert Ltd. v W. & H. Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] A.C. 368 HL.

¹⁴⁶ *Re Helbert Wagg & Co. Ltd* [1956] Ch. 323 at 351; *The Playa Larga* [1983] 2 LLoys's Rep. 171 at 190, CA. *Vid.*, J Mowbray et al., *supra* n 20, 415 at 416, para 11-83.

fact that a local civil law does not know the trust institution as such does not entitle the Convention to be negated by article 18”¹⁴⁷

59. To conclude, attention should be given to the inter-relationship between the mandatory provisions under article 15, for example the *forced heirship rules*, and the public policy considered under article 18 of the Convention, as it is debatable whether the English court could apply article 18 to matters affected by article 15. An example is a testamentary trust governed by English which infringes the *forced heirship rights* rules of Spain where the testator is domiciled. In this case, should the English court apply the Spanish mandatory rules or, on the contrary, can the English court declare that the Spanish *forced heirship rules* are incompatible with English public policy? Generally speaking, public policy rules prevail on mandatory provisions but the English court should not disregard the application of Spanish mandatory rules because they differ from English law¹⁴⁸.

f) Forced heirship rights and the applicable law

60. As pointed out above, article 15 of The Hague Trusts Convention contains mandatory rules. This provision is dealing with matters other than trust, as for example, *forced heirship rights* which are considered a matter of succession and have to be governed by the *lex successionalis* instead of the law applicable to the trust.

61. According to this article, the English court has to give effect to the succession rights, that is to say, the *forced heirship rights* governed by the law which the conflict of law rules have identified instead of applying the law designated by the Hague Trusts Convention to govern the trust questions. Thus, where the *lex successionalis* applicable to the transfer of estates to a trust is the law of a civil law country which includes *forced heirship* provisions, for example the Spanish law, then the English court will enforce them and the trust will take effect after the application of forced heirship rules. Otherwise, the trust would be void or should be reduced in order to clawback the portion that the testator cannot be freely disposed by the will. Therefore, the *forced heirship rights* may question the validity of the trust and can constitute a problem because of the clawback feature;¹⁴⁹ in short, they may limit the application of testamentary trusts.

62. On the contrary, where the *lex successionalis* is the law of a common law country which does not recognise the *forced heirship rights*, for example the English law, then neither the English court nor the foreign court could enforce them since the *forced heirship rights* constitute an internal mandatory rule but not an international mandatory rule. It means that the *ordre public* dispositions of the *lex fori* cannot be invoked to limit the freedom of testation nor the creation of the trust.¹⁵⁰

g) Scope of application of the governing law

63. The Hague Trusts Convention and the Recognition of Trusts Act 1987 describe what specific matters the applicable law of a trust shall govern. Thus, “*the validity of the trust, its construction, its effects, and administration of the trust*”¹⁵¹. By contrast, case law in common law before the Recognition

¹⁴⁷ D. HAYTON, “Trusts in Private International ...”, *loc. cit.*, p. 94.

¹⁴⁸ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Cuestiones actuales sobre los trusts testamentarios ...”, *loc. cit.*, pp. 552-555.

¹⁴⁹ A. BRAUN, “Italy”, in J. GLASSON and G. W. THOMAS (eds), *The international trust*, 2nd edn, Bristol, Jordans, 2006, p. 813; A. DUCKWORTH, “Forced heirship and the trust”, in J. GLASSON and G. W. THOMAS (eds), *The international trust*, 2nd edn, Bristol, Jordans, 2006, Chapter 14, p. 711; D. HAYTON, “Forced heirship and the trust” in D. HAYTON (ed), *The international trust*, 3rd edn, Bristol, Jordans, 2011, p. 714; and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio...* *op. cit.*, pp. 255-256.

¹⁵⁰ Thus, for example, the Spanish Supreme Court Decision on 23 October 1992 (STS 7926/1992), which declared that the *forced heirship rights* constitute an “internal order public principle”. *Vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *El Reglamento sucesorio...* *op. cit.*, p. 255, and J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional ...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁵¹ Hague Trusts Convention, art 8.

of Trusts Act 1987 states that the law applicable to the trust governs the material or essential validity of the trust,¹⁵² its interpretation,¹⁵³ and its effects.¹⁵⁴

h) Multi-legal system states

64. According to the Hague Trusts Convention, the applicable law must be that which is in force in the territorial unit in question. Therefore, “... where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question”¹⁵⁵. This provision has not been scheduled to the Recognition of Trusts Act 1987. As a result, the Convention shall apply to trusts governed by English law.

In addition, “A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply the Convention to conflicts solely between the laws of such units”.¹⁵⁶ Nevertheless, in the case of the United Kingdom it can be said that the Convention will apply because:

- a) the Recognition of Trusts Act 1987 extends the provisions of the Convention “not only in relation to the trusts described in Articles 2 and 3 of the Convention but also in relation to any other trusts of property arising under the law of any part of the United Kingdom”¹⁵⁷ and,
- b) the mentioned Act extends the meaning of State in article 17 “to any country or territory (whether or not a party to the Convention and whether or not forming part of the United Kingdom) which has its own system of law”¹⁵⁸

D) Recognition of trusts

65. Where the trust is valid, because it has been created in accordance with the law specified by the Recognition of Trusts Act 1987 and The Hague Trusts Convention to which it gives effect, the consequence is that it must be recognised as a trust. The recognition shall imply, as a minimum, “that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity”.¹⁵⁹

In any case, the recognition of a trust as foreseen under the Convention is subject to the fulfilment of the mandatory, overriding and public policy rules as explained earlier. On the contrary, the Convention permits that the States may refuse to recognize a trust since, “No State shall be bound to recognise a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved”.¹⁶⁰ Nevertheless, it is interesting to note that the United Kingdom has not adopted this article under the Recognition of Trusts Act 1987 because it is considered that there are enough protections for States’ legitimate interests in articles 15, 16 and 18.¹⁶¹

66. On the other hand, the Convention “shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts”.¹⁶² The main consequence of this provision is that the English

¹⁵² *Lindsay v Miller* [1949] V.L.R. 13; *Augustus v Permanent Trustee Co (Camberra) Ltd* (1971) 124 C.L.R. 245.

¹⁵³ *Perpetual Executors and Trustees Association of Australia Ltd v Roberts* [1970] V.R. 732.

¹⁵⁴ *Re Fitzgerald* [1904] 1 Ch. 573 (CA); *Trustees Executors and Agency Co Ltd v Margottini* [1960] V.R. 415. *Vid.*, DICEY, MORRIS and COLLINS on *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, Rule 169, para 29-051.

¹⁵⁵ Hague Trusts Convention, art 23.

¹⁵⁶ *Ibid* art 24.

¹⁵⁷ Recognition of Trusts Act 1987, section 1 (2).

¹⁵⁸ *Ibid* section 1 (4).

¹⁵⁹ Hague Trusts Convention, art 11.

¹⁶⁰ *Ibid* art 13.

¹⁶¹ D. HAYTON, “Trusts in Private International ...” *loc. cit.*, p. 89.

¹⁶² Hague Trusts Convention, art 14.

common law conflict rules shall apply to the extent that they are more favourable than the rules of the Convention. Thus, for example, the rule that extends the recognition to the trusts to any other trusts of property arising under the law of any part of the United Kingdom or by virtue of a judicial decision whether in the United Kingdom or elsewhere.

V. Concluding remarks

67. The trust is a common law legal concept that does not exist in the majority of civil law jurisdictions. Testamentary trusts are express private trusts created by the testator in the will to provide the benefits of property after his or her death. Its introduction in civil law jurisdictions is a difficult matter as well as a controversial issue which has generated a large discussion which is still going on, especially because there are some legal concepts, as the *forced heirship rights*, which makes the implementation and recognition of the trust institution under civil law jurisdictions difficult. The situation, nevertheless, could change in the coming years since many authors in civil jurisdictions recognise the modern utility of the trust. Further, there are new projects that may contribute to the increasing international development of this figure and its acceptance in civil law jurisdictions, for instance, the *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, which contains Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law and intends to provide Europe with a uniform trust law.

Nevertheless, some authors have criticized the inconsistencies that presents the treatment of trusts in the *DCFR* and argue that the proposed trust model is not the best solution for Europe. Thus, some of them believe that this instrument has tried to create a new European model of trust influenced by a “continental” approach which may be alien to the existing concept in common law countries¹⁶³. In addition, it is not clear if jurisdictions which already have trust law could benefit from the *DCFR* rules having into account that, in the absence of European harmonised conflict of law rules for trust, the adoption of the *DCFR* involves a new legal framework and may contribute to generate even more complexity to the currently applicable legal framework¹⁶⁴. Finally, as far as testamentary trusts are concerned, the transplant of the *DCFR* trust provisions into civilian legal systems, where the trusts is an unknown institution, may enter into conflict to national laws of those countries where provisions in family or succession matters may take precedence over the law governing the trust¹⁶⁵.

68. Accordingly, the ignorance of trusts in domestic civil law jurisdictions is an important boundary when applying the conflict of law rules to cross-border testamentary trusts. As far as jurisdiction is concerned, the trusts are partially excluded from the scope of the European Union Successions Regulation, particularly all the questions relating to the creation, administration and dissolution of trusts. Besides, the Regulation does not include rules of jurisdiction for that matter. Therefore, in order to determine the jurisdiction of cross-border testamentary trusts, the Recast Regulation will apply with respect to the external relationships of the trust, for instance, the disputes arising between the trustee and persons other than beneficiaries.

69. Regarding the applicable law, the Rome I Regulation does not apply to testamentary trusts, but the Rome II Regulation will apply to non-voluntary trusts as well as all those trusts of property arising under the law of any part of the United Kingdom. On the other hand, The Hague Trusts Convention

¹⁶³ *Vid.*, A. BRAUN, “Trusts in the Draft Common Frame of Reference: the best solution for Europe?”, Cambridge Law Journal, nº 70 (2), July 2011, pp. 338, 339, 349; L. RICHARDSON, “The DCFR, anyone?”, The Journal Online (available at <http://www.journalonline.co.uk/Magazine/59-1/1013494.aspx>); W. SAGAERT, “The Trust Book in the DCFR: A civil lawyer’s perspective”, in S. VAN ERP, A. SALOMONS and B. AKKERMANS (Dir.) *The Future of European Property Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 31-46; and W. SWADLING, “The DCFR Trust: A Common Law Perspective”, in S. VAN ERP, A. SALOMONS and B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 21-30.

¹⁶⁴ A. BRAUN, “Trusts in the Draft Common Frame ...”, *loc. cit.*, p. 344.

¹⁶⁵ A. BRAUN, “Trusts in the Draft Common Frame ...”, *loc. cit.*, pp. 345-346.

and the Recognition of Trusts Act 1987 serves the important purpose of unifying the law applicable to trusts and represents a vital commencement between legal cultures in an agreement on trust law. Hence, the Hague Trusts Convention will be applicable to voluntary trusts, that is to say, to cross-border testamentary trusts. However, in the sphere of the European Union, only Italy, Netherlands, Malta and Luxembourg have ratified the Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, while Cyprus and France have signed the Convention but not yet ratified it. It means that the majority of the continental European legal systems contains no specific rules relating to trusts and do not provide an appropriate and satisfactory solution in matters dealing with testamentary trusts.

70. To conclude, in order to avoid the obstacles arising in the application of the conflict of laws rules, I consider necessary to carry out an approach between the common law and the civil law systems. In this sense, waiting what the future holds for the *Draft Common Frame of Reference*, the introduction and recognition of the trust into the conflict of law rules of civil states, by signing and ratifying the Hague Trusts Convention, could be a first step toward achieving this objective. In my opinion, academics and practitioners, we should foster this proposal since it would allow to introduce specific conflict of laws rules for testamentary trusts into the domestic systems of these countries applying, when necessary, the mandatory provisions as foreseen in the Convention in order to ensure the application of the *forced heirship rights*.

THE AGREEMENT ESTABLISHING A UNIFIED PATENT COURT AND ITS IMPACT ON THE BRUSSELS I RECAST REGULA- TION. THE NEW RULES INTRODUCED UNDER REGULATION (EU) NO 542/2014 IN RESPECT OF THE UNIFIED PATENT COURT AND THE BENELUX COURT OF JUSTICE*

L'ACCORDO ISTITUTIVO DEL TRIBUNALE UNIFICATO DEI BREVETTI E LA SUA INCIDENZA SUL REGOLAMENTO BRU- XELLES I-BIS. LE NUOVE DISPOSIZIONI INTRODOTTE DAL REGOLAMENTO N. 542/2014 RELATIVAMENTE AL TRIBUNA- LE UNIFICATO DEI BREVETTI E ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL BENELUX

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI
*Associate Professor of International Law
University of Macerata*

Recibido: 03.12.2015 / Aceptado: 10.12.2015

Abstract: The present study deals with the agreement establishing a Unified Patent Court (UPC), signed by 25 EU Member States on 19 February 2013 and its impact on the rules on jurisdiction in civil and commercial matters as contained in Regulation (EU) No. 1215/2012 (s.c. "Brussels I Recast Regulation"), which replaces the pre-existing Brussels I Regulation. The study analyses the new rules introduced in the Brussels I Recast Regulation through Regulation (EU) No 542/2014, making provision for the application of the rules on jurisdiction as contained in the Regulation to the UPC as well as to the Benelux Court of Justice, as judicial bodies common to several Member States. As concerns the UPC, the new rules introduced by Regulation No 542/2014 appear welcome, insofar as they provide for the enlargement of the territorial scope of the competence of the UPC itself, a competence that the agreement itself considers as exclusive. Nonetheless, the new rules fall short of addressing effectively the problems of coordination of the exclusive jurisdiction provided for under Article 24.4 of the Brussels I Recast Regulation in respect of actions concerning registration or validity of intellectual property rights, including European patents, with other heads of jurisdiction such as that provided for under Art. 7.2 of the same Regulation in respect of actions in matters of tort or delict, such as those concerning the infringement of the same rights.

Keywords: Unified Patent Court, courts common to several Member States, Brussels I Recast Regulation, jurisdiction in civil and commercial matters, conflicts of jurisdiction.

* The present study reproduces, with updatings and adaptations, a paper delivered by the author at the International Conference "International Litigation in Europe: The Brussels I Recast as a Panacea?", held at the University of Verona, Department of Law, on 28-29 November 2014, to be published in the relevant proceedings. The author is grateful to Professor Franco Ferrari and Dr. Francesca Ragno for permission to publish this study separately.

Riassunto: Lo scritto esamina l'accordo istitutivo del Tribunale unificato dei brevetti, firmato da 25 Stati Membri dell'UE il 19 febbraio 2013 e la sua incidenza sulla disciplina della competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale contenuta nel regolamento n. 1215/2012 (c. d. "Bruxelles I-bis"), che sostituisce il precedente regolamento Bruxelles I. Lo scritto si sofferma sulle nuove disposizioni inserite nel regolamento Bruxelles I-bis mediante il regolamento n. 542/2014, relativo all'applicazione delle regole contenute nel regolamento n. 1215/2012 al Tribunale unificato dei brevetti e alla Corte di giustizia del Benelux, quali organi giurisdizionali comuni a più Stati membri. Per quanto riguarda il Tribunale unificato dei brevetti, le nuove disposizioni appaiono opportune nella misura in cui comportano un'estensione *ratione loci* della competenza del Tribunale, competenza la quale presenta carattere esclusivo. Nondimeno, le nuove disposizioni presentano il limite di non affrontare adeguatamente i problemi di coordinamento della giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 24, n. 4, del regolamento Bruxelles I-bis rispetto alle azioni concernenti la registrazione o la validità dei diritti di proprietà intellettuale, inclusi i brevetti europei, con altri criteri di giurisdizione come quello previsto dall'art. 7, n. 2, del regolamento per le azioni in materia di illeciti civili, come quelle concernenti la violazione dei diritti in questione.

Parole chiave: Tribunale unificato dei brevetti, Organi giurisdizionali comuni a più Stati Membri, Regolamento Bruxelles I-bis, Giurisdizione in materia civile e commerciale, Conflitti di giurisdizione.

Summary: I. The agreement establishing a Unified Patent Court (UPC) and the EU regulations creating an enhanced cooperation in the field of unitary patent protection. II. The competence *ratione materiae* of the UPC and the residual role of the courts belonging to Member States that are Contracting Parties to the agreement establishing the UPC. III. Coordination with the rules on jurisdiction in civil and commercial matters under the Brussels I Recast Regulation. IV. The new rules under Articles 71(a) to 71(d) of the Brussels I Recast as introduced through Regulation (EU) No 542/2014: in particular: the extension of the jurisdiction of the UPC as a court common to several Member States to third-country related disputes. V. The relationships with the courts of Member States that are not Contracting Parties to the agreement establishing the UPC. VI. Concluding remarks.

I. The agreement establishing a Unified Patent Court (UPC) and the EU regulations creating an enhanced cooperation in the field of unitary patent protection

1. The representatives of 25 EU Member States signed in Brussels on 19 February 2013 an international agreement establishing a Unified Patent Court (UPC)¹. The agreement is to be intended as closely intertwined with the substantive rules introduced by means of two EU regulations implementing an enhanced cooperation as among, currently, 26 Member States, of which, as it is worth noting, 25 signed the agreement establishing the UPC². Those EU regulations establish an optional unitary protection regime in respect of European patents³, which remain subject as far as their registration is concerned to the European Patent Convention⁴, as well as uniform rules concerning the relevant translation arrangements⁵.

¹ Agreement on a Unified Patent Court (2013/C 175/01), *O.J.E.U.*, C 175 of 20 June 2013, p. 1 ff.

² In fact, whereas all at that time existing EU Member States except Poland and Spain were signatories to the agreement establishing the UPC, all at that time existing EU Member States except Spain have decided to participate to the enhanced cooperation in the field of unitary patent protection. Actually, Italy notified its intention to participate at a later stage, and its participation has been confirmed by the European Commission, pursuant to Article 331, para. 2, TFEU, on 30 September 2015. So far, Croatia, that joined the EU after the creation of the enhanced cooperation and the adoption of the agreement establishing the UPC, does not participate to either initiative. It may nonetheless decide to join, as concerns the enhanced cooperation pursuant to the procedure under Article 331 TFEU, and in respect of the agreement pursuant to its Article 84, para. 4.

³ Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, *O.J.E.U.* L 361 of 31 December 2012, p. 1 ff.

⁴ European Patent Convention adopted at Munich on 5 October 1973, as amended on 17 December 1991 and on 29 November 2000 (EPC), 15th edition of September 2013, available on the European Patent Office website at www.epo.org.

⁵ Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, *O.J.E.U.* L 361 of 31 December 2012, p. 89 ff.

2. On the one hand, the grounds which brought the participating Member States to opt for an enhanced cooperation in order to introduce such a unitary patent protection regime are to be found in the difficulty to reach an agreement among all the Member States, particularly as concerns the applicable translation regime. The latter raised opposition most notably by Italy and Spain, who did not accept the solution embodied in Regulation No 1260/2012, which considers as acceptable, as a general rule, a translation of the patent in one of the official languages of the European Patent Office, namely English, French and German⁶. On the other hand, the decision to conclude an international agreement among the Member States concerned for the purposes of establishing a unified patent court is due to the difficulty to place such an initiative within the scope of the competences of the EU.

In fact, the enhanced cooperation which implied the adoption of both Regulations No 1257/2012 and No 1260/2012 finds its legal basis under Article 118 TFEU. Respectively, the former Regulation found the relevant legal basis under paragraph 1 of the rule, which provides for EU acts to be adopted pursuant to the ordinary legislative procedure for the purposes of creating European intellectual property rights possessing a unified protection regime or centralized authorization, coordination and supervision arrangements. The latter Regulation found instead its legal basis under paragraph 2 of the same rule, which provides, differently, for acts to be adopted pursuant to a special legislative procedure, requiring adoption by unanimity in the Council, for the purposes of the establishment of language arrangements in respect of such rights. Neither of the two legal bases could justify the establishment of a common judicial body competent in respect of disputes concerning those rights, such as the UPC. In fact, the possibility of establishing such a judicial body is not contemplated under either paragraph of the rule, even though, as highlighted in the preamble to the agreement establishing the UPC, the latter pursues the aim of making the system of unitary patent protection established through Regulations No 1257/2012 and No 1260/2012 more effective. Actually, the establishment of the UPC strives to complete on the jurisdictional side the effort of creating a unified system of patent protection that the two Regulations just mentioned have undertaken on the substantive side⁷.

3. It is worth mentioning that a special provision in this respect is nonetheless to be found in the Treaties, namely under Article 262 TFEU, formerly introduced into the EC Treaty by the Treaty of Nice as Article 229 A. The said rule, actually, does not contemplate the establishment of a specialized judicial body, but, conversely, makes provision for the attribution to the ECJ of further competences in respect of intellectual property rights forming the subject of unitary protection under EU acts. This solution, which would prove more straightforward from an institutional perspective, presents nonetheless the inherent difficulty of requiring unanimity in the Council for the adoption of a decision by the latter providing for the attribution of the said additional competences to the ECJ. Such a decision, implying an extension of the competences of the ECJ as defined in the Treaties, would have then required to be approved by the Member States pursuant to their respective constitutional requirements⁸. The inevitable difficulty in reaching unanimity in this respect and the impossibility to have recourse to an enhanced cooperation for

⁶ Cf. Article 3(1), Regulation No 1260/2012 and Article 14(6), EPC; among others, M. LAMPING, "Enhanced Cooperation – A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?", *IIC – International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2011, p. 879 ff, at 899 ff; F. POCAR, "Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 297 ff, at 302 ff. Italy and Spain eventually brought the case before the ECJ seeking at first unsuccessfully the annulment of the Council decision authorizing the enhanced cooperation: cf. ECJ, 16 April 2013, Cases C-274/11 and C-295/11, *Kingdom of Spain and Italian Republic v Council of the European Union*, EU:C:2013:240, with then Spain only seeking, again without success, the annulment of the two regulations: cf. ECJ, 5 May 2015, case C-146/13, *Kingdom of Spain v European Parliament and Council of the European Union*, EU:C:2015:298, concerning Regulation No 1257/2012; ECJ, 5 May 2015, case C-147/13, *Kingdom of Spain v Council of the European Union*, EU:C:2015:299, concerning Regulation No 1260/2012.

⁷ Cf. the Preamble to the Agreement on a Unified Patent Court, Recitals 4 and 5.

⁸ Cf., on the rule as formerly contained under Article 229 A, EC Treaty, J. P. TERHECHTE, *sub Art. 229a EGV*, in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM (eds), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. III, München, Beck, 2009, p. 1 ff; on the current Article 262 TFEU, R. MASTROIANNI, *sub Art. 262*, in A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, S.p.A., 2014, p. 2045 ff, both pointing to the fact that the rule had been expressly conceived in the Treaty of Nice in order to provide for an autonomous EU jurisdictional system in patent matters.

the purposes of adopting an act extending the competences of the ECJ as defined in the Treaties⁹ featured among the driving factors of the alternative solution embodied in the agreement establishing the UPC, which the ECJ had accepted as compatible with the rule under consideration¹⁰.

II. The competence *ratione materiae* of the UPC and the residual role of the courts belonging to Member States that are Contracting Parties to the agreement establishing the UPC.

4. An essential feature of the UPC lies in its nature as a common judicial body to the Member States having established it by participating to the agreement concluded for that purpose. This is not a novelty within the EU legal order, since an earlier example of such an institution is to be found in the Benelux Court of Justice, established by an international agreement concluded by Belgium, Luxembourg and the Netherlands on 31 March 1965 and amended in 2012 with an extension of the powers of that court. In comparison to the latter court, it must be noted, nonetheless, that the UPC appears as quite different a model of common judicial body. In fact, on the one side, the subjective scope of the UPC is much broader than that of the Benelux Court, which operates in the narrow regional domain of the three neighboring countries having established it, whereas, on the other side, the substantive scope of competence of the UPC is sensibly more specialized than that of the Benelux Court, and, as noted already, it is strictly conceived in relation to the unitary protection regime established through the enhanced cooperation implemented by Regulations No 1257/2012 and No 1260/2012. Notwithstanding this, the differences existing between the two courts, albeit significant, do not reach the point of making it impossible to encompass the two within the same category of judicial bodies common to the Member States having established them¹¹.

5. As specifically concerns the UPC, even though the implementation of the enhanced cooperation aimed at creating a substantive unitary patent protection regime has certainly offered the clue for the establishment of such a court, it is worth noting that its competence is not limited to questions related to European patents with unitary effect pursuant to the mentioned Regulations Nos 1257/2012 and 1260/2012. Besides these, the competence *ratione materiae* of the UPC extends to supplementary protection certificates issued for products protected by a patent, as well as to European patents not having unitary effect that have not yet lapsed at the date when the agreement establishing the UPC enters into force or that have been granted after that date, as well as to European patent applications that are pending at the date of entry into force of the agreement or have been filed after that date¹². The extension of the competence of the UPC to patents not having unitary effect granted after the entry into force of the establishing agreement as well as to patent applications pending at that date or filed subsequently is made

⁹ As provided under Article 20, para. 1, TEU, an enhanced cooperation may be implemented only within the domain of the Union's non-exclusive competences. Cf. M. LAMPING (fn 6), at 896. Actually, the procedure contemplated under Article 262 TFEU would amount to a special procedure for amendment of the Treaties, as it appears clearly from the requirement for a subsequent approval by the Member States pursuant to their respective constitutional requirements: cf. J. P. TERHECHTE (fn 8), at 2; R. MASTROIANNI, (fn 8), at 2047.

¹⁰ ECJ, 8 March 2011, Opinion No 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, at 61 ff, considering the procedure under Article 262 TFEU as not the only avenue for establishing a unified patent jurisdiction. To be noted that the Preamble to the agreement establishing the UPC, while avoiding any reference to the rule just mentioned, stresses the need for the Member States contracting parties to the agreement to ensure respect, through the UPC, for the obligation of sincere cooperation, and, in particular, for the duty to cooperate with the ECJ in its role as guardian of EU law. This is reflected in Articles 20 and 21 of the Agreement, respectively posing on the UPC the duty to apply EU law in its entirety and ensure its primacy, and vesting the UPC with the entitlement to request preliminary rulings from the ECJ under Article 267 TFEU, in the same terms as would apply in respect of Member States' courts. In this sense, the text of the Agreement as adopted has catered for the concerns expressed by the ECJ in its above-mentioned Opinion No 1/09, at 83 ff.

¹¹ Accordingly, the European legislator has considered it appropriate to address the two institutions together in introducing the necessary amendments to Regulation (EU) No 1215/2012 (the "Brussels I Recast Regulation") in order to ensure the applicability of its provisions in respect of those judicial bodies: cf. Regulation (EU) No 542/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 amending Regulation (EU) No 1215/2012 as regards the rules to be applied with respect to the Unified Patent Court and the Benelux Court of Justice, O.J.E.U. L 163 of 29 May 2014, p. 1 ff.

¹² Cf. Article 3 of the Agreement establishing the UPC, which defines its scope of application.

subject to a transitional regime, whereby, for a period of seven years from the entry into force of the agreement, actions for infringement or for revocation of a European patent, or for infringement or for a declaration of invalidity of supplementary protection certificates issued for products protected by a patent, may continue to be brought as an alternative before the courts or other authorities of the Member States contracting parties to the agreement which would otherwise be competent in respect of those actions¹³.

6. Once having determined the scope of the competence *ratione materiae* of the UPC, which corresponds with the substantive scope of application of the establishing agreement itself, the agreement identifies the actions falling within the said substantive scope which may be brought before the UPC, vesting the latter with an exclusive competence in respect of such actions. For the said purpose, the agreement adopts the technique of listing exhaustively the actions in question, with the ensuing consequence that, as expressly stated under Article 32, paragraph 2 of the agreement, any action concerning patents or supplementary protection certificates other than those listed under paragraph 1 of the rule will fall residually under the competence of the domestic courts of the Member States contracting parties of the agreement. Actually, the subsidiary competence of such courts appears rather narrow, since the agreement provides quite an extensive listing of the actions falling under the exclusive competence of the UPC. The latter include both actions for infringement of intellectual property rights falling under the scope of application of the agreement and actions for declarations of non-infringement, as well as applications for provisional and protective measures, and for injunctions.

Furthermore, the exclusive competence of the UPC extends to actions and counterclaims for revocation of patents or for declarations of invalidity of supplementary protection certificates, as well as to actions for damages or compensation deriving from the provisional protection afforded to a published European patent application and to actions deriving from the use of the invention prior to the granting of a patent or anyway concerning the right to prior use. Finally, actions concerning licenses for use of a European patent with unitary effect granted pursuant to Article 8, Regulation No 1257/2012¹⁴ and those deriving from decisions taken by the European Patent Office in the exercise of the administrative functions conferred upon it by Article 9 of that Regulation¹⁵ also fall within the exclusive competence of the UPC¹⁶.

III. Coordination with the rules on jurisdiction in civil and commercial matters under the Brussels I Recast Regulation

7. The exclusive competence conferred upon the UPC in respect of the actions listed under Article 32, paragraph 1 of the establishing agreement brings with itself as a consequence that the UPC will substitute itself for the courts of the Member States contracting parties to the agreement which would otherwise have been competent in respect of those actions. This poses inevitably the need to make sure that the rules governing the jurisdiction of the courts of the participating Member States as concerns actions falling under the substantive scope of application of the agreement establishing the UPC are applicable to the latter as they would be in respect of domestic courts. Since the jurisdiction of the participating Member States' courts in respect of the actions falling within the scope of application of the agreement would be governed by the rules currently contained under Regulation (EU) No 1215/2012 (the

¹³ Cf. Article 83 of the Agreement establishing the UPC. See also below, section V, para. 21, concerning the effects of the transitional regime established under the agreement on the application of the rules concerning the coordination between parallel proceedings pending before the UPC and the courts of Member State contracting parties to its establishing agreement.

¹⁴ Article 8 of Regulation No 1257/2012 provides for the entitlement of the proprietor of a European patent with unitary effect to file a declaration with the European Patent Office to the effect of accepting to issue licenses for the use of the patent against a consideration. Such licenses are qualified under para. 2 of the rule as being contractual in nature.

¹⁵ Article 9 of Regulation No 1257/2012 determines the administrative tasks that the Member States participating in the enhanced cooperation confer to the European Patent Office in respect of European patents with unitary effect established pursuant to the Regulation. The rule implements Article 143 of the European Patent Convention, which provides for the power for contracting States establishing among themselves a unified patent protection regime to confer to the EPO supplementary tasks as inherent in the functioning of such a regime.

¹⁶ Cf. the list of the actions coming within the substantive scope of the exclusive competence of the UPC under Article 32, para. 1 of the establishing agreement.

“Brussels I Recast Regulation”), which, as of 10 January 2015, has replaced the pre-existing Regulation No 44/2001 (the “Brussels I Regulation”) in respect of proceedings commenced on or after that date¹⁷, the same rules are, as a matter of principle, deemed to apply in respect of the UPC¹⁸.

8. In this respect, it is worth recalling that under the Brussels I Recast Regulation, like under the pre-existing Brussels I Regulation, some actions in intellectual property matters fall under an exclusive head of jurisdiction, which is currently contemplated under Article 24(4) of the Brussels I Recast Regulation. The said rule provides that the courts of the Member State of filing or registration of a patent, trademark or other similar right subject to registration shall have exclusive jurisdiction in respect of any action concerning the registration or the validity of such rights. The rule specifies, codifying the interpretation adopted by the ECJ in respect of the pre-existing provision contained in Article 22(4) of the Brussels I Regulation, that the exclusive jurisdiction contemplated by the rule extends also to cases where an issue of registration or validity of such a right is raised as a defence¹⁹.

Article 24(4) of the Brussels I Recast Regulation further provides in its second sentence that in cases concerning registration or validity of a European patent, without prejudice for the jurisdiction of the European Patent Office under the European Patent Convention, the courts of each Member State shall have exclusive jurisdiction in respect of the European patent granted for that Member State. The rule reflects the peculiar structure of European patents under the Munich Convention of 1973, whereby such rights are articulated in a bundle of parallel intellectual property rights, each producing effect in respect of the Member State for which it has been granted. In terms of jurisdiction, this brings with itself as a consequence that in case a European patent is granted for more Member States, the courts of each of them shall have exclusive jurisdiction in respect of actions concerning the registration or validity of the patent as concerns the individual Member State, with unwelcome effects, in case such actions are brought simultaneously in different Member States, from the perspective of judicial harmony as concerns the assessment of the validity of such a patent²⁰.

¹⁷ Cf. Articles 66 and 81 Brussels I Recast Regulation. For an overview of the innovations introduced by the Brussels I Recast Regulation, among others, J.-P. BERAUDO, “Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Journal du droit international – Clunet*, 2013, p. 741 ff; H. GAUDEMEL-TALLON, C. KESSEDJIAN, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 435 ff; A. LEANDRO, “Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I bis»)”, *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ff; P. A. NIELSEN, “The New Brussels I Regulation”, *Common Market Law Review*, 2013, p. 503 ff; A. NUUTS, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 1 ff; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova, Wolters Kluwer – CEDAM, 2015, p. 1 ff.

¹⁸ Cf. Article 31 of the Agreement, expressly providing that the jurisdiction of the UPC – which the agreement unusually defines as “international jurisdiction”, probably with the intent of marking more clearly the distinction from the competence *ratione materiae* of the UPC itself as regulated under the subsequent Article 32 – is to be established in accordance with the Brussels I Recast Regulation. Alongside the Brussels I Recast Regulation, the rule refers also, where applicable, to the Lugano Convention of 30 October 2007, probably with the intent of extending the subjective scope of the jurisdiction of the UPC, an effort made superfluous by the amendments introduced through Regulation (EU) No 542/2014, which will be examined in due course.

¹⁹ ECJ, 13 July 2006, case C-4/03, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG (GAT) v Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG (LuK)* ECLI:EU:C:2006:457, para. 24 ff. Cf., among others, P. FRANZINA, “Considerazioni intorno alla cognizione delle questioni pregiudiziali nella disciplina comunitaria della competenza”, *Int'l Lis*, 2006, p. 119 ff; M. WILDERSPIN, “La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle. Les arrêts de la Cour de justice dans les affaires C-4/03, GAT c. LUK et C-539/03, Roche Nederland c. Primus et Goldberg”, *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 777 ff; P. SCHLOSSER, “Report on the Application of the Judgment Regulation in the Member States, VII. Intellectual Property Rights”, in B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER (eds.), *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. 190 ff.

²⁰ Cf. ECJ, 13 July 2006, case C-539/03, *Roche Nederland v Primus* ECLI:EU:C:2006:458, para. 25 ff., excluding the application of the rule on related actions under Article 6(1) Brussels I Regulation (i.e., current Article 8(1) Brussels I Recast Regulation) in respect of actions for infringement of the same European patent brought before the courts of different Member States, on the assumption that each of these actions concerns the respective national parts of the patent: see P. SCHLOSSER (fn 19), at 195 f.; ECJ, 12 July 2012, case C-616/10, *Solvay SA v Honeywell Flourine Products Europe BV et al.* EU:C:2012:445, with comment by E. TREPOZ, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 479 ff, allowing the application of the said rule when the actions are brought before the same court of a Member State against defendants domiciled in different Member States, insofar as they concern the infringement of the same national part of a European patent. See also F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2013, p. 64 ff.

9. In respect of the rules concerning jurisdiction in intellectual property disputes as contained under the Brussels I Recast Regulation it must be noted that the Agreement establishing the UPC provides for a broader scope of the exclusive jurisdiction of the UPC itself as compared to that which would be granted to the domestic courts of the individual Member States under the Brussels I Recast Regulation. In fact, even though, pursuant to the general rule under Article 31 of the Agreement, the jurisdiction of the UPC is to be established pursuant to the Brussels I Recast Regulation, Article 32 of the Agreement itself ends up with conferring to the UPC an exclusive competence in respect of actions for which Member States' courts would be vested, pursuant to the Regulation, with a purely concurrent jurisdiction. Actually, whereas under the Brussels I Recast Regulation the exclusive jurisdiction provided for under Article 24(4) is limited to disputes addressing questions of registration or validity of intellectual property rights subject to registration, including European patents, even if raised as mere defences, under Article 32 of the Agreement establishing the UPC the exclusive competence of the latter extends also to actions of a different nature, including those for infringement of a European patent or a supplementary protection certificate, that under the Brussels I Recast Regulation would be subject to the normal interplay of the general and of the special rules of jurisdiction contemplated by the Regulation. In fact, within the scheme of the Recast Regulation, as already under the pre-existing Brussels I system, in respect of those actions the plaintiff enjoys the benefit of an alternative between the general *forum* of the defendant's domicile pursuant to the current Article 4 Brussels I Recast Regulation and the special *forum* for actions in matters of tort or delict under Article 7(2) of the same Regulation²¹.

10. The need to achieve a satisfactory coordination between the system of allocation of jurisdiction in civil and commercial matters among Member States' courts as embodied in the Brussels I Recast Regulation and the competences of the UPC as devised in its establishing agreement has been expressly acknowledged in the agreement itself, which under its Article 89 expressly subjects its entry into force to the adoption of those amendments to the Regulation as are necessary to ensure the smooth application of its rules to the UPC. As a matter of fact, the said amendments have been rather swiftly adopted through Regulation (EU) No 542/2014, well ahead of the date fixed for the commencement of the application of the Brussels I Recast Regulation²², while the Agreement establishing the UPC is still waiting to reach the minimum number of ratifications required for its entry into force²³.

IV. The new rules under Articles 71(a) to 71(d) of the Brussels I Recast as introduced through Regulation (EU) No 542/2014: in particular: the extension of the jurisdiction of the UPC as a court common to several Member States to third-country related disputes.

11. In fact, following a proposal by the European Commission dating of 26 July 2013²⁴, on 15 May 2014 the European Parliament and the Council have adopted, in accordance with the ordinary legislative procedure, Regulation (EU) No 542/2014, providing for the amendment of Regulation (EU)

²¹ Concerning the problems inherent in the application of the said ground of jurisdiction, previously contemplated under Article 5(3), Brussels I Regulation, among others S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, 6th ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2009, p. 88 ff; H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 215 ff; B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, p. 280 ff; F. SALERNO (fn 17), at 157 ff; F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 20), at 15 ff.

²² Fixed on 10 January 2015, pursuant to Article 81 Brussels I Recast Regulation. See, above, fn 17 and corresponding text, with reference also to the transitional regime provided for under Article 66 of the Regulation.

²³ Pursuant to Article 89 of the Agreement establishing the UPC, its entry into force is fixed on the first day of the fourth month after the deposit of the thirteenth instrument of ratification or accession, including those of the three Member States where the highest number of European patents had effect the year before the signature of the agreement itself. For the event that such a requirement would have been met earlier, the rule provided that the entry into force of the agreement would have been postponed to the first day of the fourth month after the date of the entry into force of the amendments to the Brussels I Recast Regulation concerning its relationships with the agreement itself.

²⁴ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Brussels, 26 July 2013, doc. COM(2013) 554 final, 2013/0268 (COD).

No 1215/2012 as concerns the rules to be applied in respect of the UPC as well as of the Benelux Court of Justice²⁵. The amendments introduced through Regulation (EU) No 542/2014 aim, as concerns the first of these courts, at ensuring the necessary coordination of the rules of jurisdiction as contained in the Brussels I Recast Regulation with the provisions contained in the Agreement establishing the UPC in respect of its competences. Those amendments pursue the same aim, despite the already noted differences existing between the two courts, as concerns the Benelux Court of Justice, whose competences have been extended through a protocol dating of 15 October 2012, in consideration of the common features that the two institutions present as judicial bodies common to the Member States having established them²⁶.

12. Actually, the technique adopted under Regulation (EU) No 542/2014 consists of supplementing rather than, strictly speaking, amending the text of the Brussels I Recast Regulation, by introducing a series of new provisions in Chapter VII of that Regulation, devoted to the relationships with other instruments²⁷. The first of these provisions, numbered as Article 71(a), places the courts common to several Member States, as are expressly identified under paragraph 2 of the rule with the UPC and with the Benelux Court of Justice, in the same position in which the courts of the Member States having participated in their establishment would have been pursuant to the Regulation. This reflects the already underlined assumption that, as a matter of principle, each of the two courts should substitute itself for the otherwise competent domestic courts whenever the dispute falls within the scope of application of the relevant establishing agreement and the agreement itself provides for the competence of the common court in respect of the dispute. As far as the UPC is specifically concerned, the latter will be vested with jurisdiction under the rule both in those cases where a court of a Member State having participated to the agreement establishing it would have exclusive jurisdiction pursuant to the Brussels I Recast Regulation and in those cases where such a court under the same Regulation would have a jurisdiction that would be merely concurrent with that of the courts of another Member State. This is not likely to cause difficulties insofar as both Member States are contracting parties to the agreement establishing the UPC, since both will be bound by the rule contained in Article 32 of the agreement conferring an exclusive nature to the competence of the UPC in respect of the actions contemplated thereby, with the ensuing consequence of excluding the coexistence of its competence with that of the domestic courts of the Member States having participated in the agreement establishing the UPC. Some difficulties are instead likely to arise in those cases where, pursuant to the Brussels I Recast Regulation, the courts of a Member State contracting party to the agreement establishing the UPC would have jurisdiction concurrently with the courts of a Member State which is not a contracting party to the said agreement, since those courts would not be bound to recognize the exclusive competence of the UPC in respect of the dispute²⁸.

13. The second modification introduced by Regulation No 542/2014 consists of an extension of the subjective scope of the jurisdiction conferred on the UPC or the Benelux Court under the Brussels I Recast Regulation in *lieu* of the ordinarily competent courts of the Member States participating in the relevant establishing agreements, so as to encompass also cases where the defendant to an action is not domiciled in an EU Member State and the Brussels I Recast Regulation would not otherwise confer jurisdiction upon him²⁹. The latter amendment produces the effect, as specifically concerns the UPC, of extending the *erga omnes* perspective inspiring the exclusive grounds of jurisdiction under the

²⁵ Above, fn 11.

²⁶ See above, section II, para. 4, fn 11 and corresponding text.

²⁷ Cf. P. MANKOWSKI, "Die neuen Regeln über gemeinsame Gerichte in Artt. 71a-71d Brüssel Ia-VO", *GPR – Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2014, p. 330 ff, at 331, questioning the correct location of the new provisions within Chapter VII of the Brussels I Recast Regulation and proposing that they could have been more consistently placed after Articles 69-70, devoted to the relationships with agreements concluded among Member States only, rather than after Article 71, concerning instead agreements concluded by Member States with third countries.

²⁸ As it will be noted below, section V, para. 20, Regulation (EU) No 542/2014 has catered for this difficulty by having resort to the traditional mechanisms of *lis pendens* and related actions.

²⁹ Cf. Article 71(b), paragraph 2, as introduced under Article 1, Regulation (EU) No 542/2014; S. M. CARBONE, C. E. TUO, "Non-EU States and Brussels I: New Rules and some Solutions for Old Problems", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 5 ff, at 26 ff; P. MANKOWSKI (fn 27), at 334 ff; F. SALERNO (fn 17), at 99 ff.

Brussels I system, including the rule concerning registration and validity of intellectual property rights, which apply irrespective of the defendant's domicile, also to other rules of jurisdiction likely to come for consideration in respect of disputes falling within the domain of the competence of the UPC, with particular regard, as concerns actions for infringement of intellectual property rights, to Article 7(2), Brussels I Recast Regulation, which would normally apply only as against EU-domiciled defendants.

The modification introduced by the rule under Article 71(b), paragraph 2, presents the undeniable advantage of overcoming, albeit for the sole purposes of the application of the agreements establishing courts common to several Member States, the traditional dichotomy between cases where the defendant is EU-domiciled and cases where he is not. As it is well known, the Brussels I Recast Regulation has in fact unsatisfactorily maintained such a distinction, refusing to follow, but for some limited exceptions³⁰, the strong suggestions for its overcoming provided by the European Commission in its proposal for a recast of the pre-existing Brussels I Regulation³¹.

14. The extension in respect of non-EU domiciled defendants of the jurisdiction rules contemplated under the Brussels I Recast Regulation for the purposes of establishing the jurisdiction of the UPC or of the Benelux Court pursuant to the relevant establishing agreements is pursued further also under Article 71(b), paragraph 3, which provides for an extension of the jurisdiction of a common court – essentially, the UPC – as against a non-EU domiciled defendant in respect of disputes related to an infringement of a European patent giving rise to damage within the EU, that is, under the rule contained in Article 7(2) Brussels I Recast Regulation, also as concerns damage arising outside the EU from the same infringement. The said extension is nonetheless subject to a twofold requirement posed by the second sentence of the rule, aimed to secure the existence of a sufficiently close connection between the dispute and the Member State whose courts are seized and to ensure the enforceability of the judgment to be delivered as against a non-EU domiciled defendant on assets located in any Member State party to the agreement establishing the common court³².

In fact, on the one side the extension of the jurisdiction of the common court also in respect of damage caused by an infringement of a European patent in third countries appears reasonable, since it promotes a concentration of the litigation arising from the infringement of the same European patent before a common court, that is, the UPC, avoiding parallel proceedings before the courts of third countries in respect of damage arising there. Such situations, at first sight, could not be dealt with by the subsequent provisions addressing problems of coordination among jurisdictions, since these, at least in the express terms in which they have been conceived, apply only as concerns a common court on the one side and the courts of Member States which are not parties to the agreement establishing such a court on the other side³³. At the same time, inevitably, the said extension has to cater for the risk of third countries refusing to recognize or enforce a judgment given by a common court in the said circumstances, a risk which could exist also as concerns judgments delivered by a domestic court of a Member State in comparable circumstances³⁴.

³⁰ Cf. Article 18(1), in matters of consumer contracts; Article 21(2)(lit. b), in matters of employment contracts; Article 25(1), as concerns choice of court agreements; among others, S. M. CARBONE, C. E. TUO (fn 29), at 6 ff; H. GAUDEMEL-TALLON, C. KESSEDJIAN (fn 17), at 439 ff; A. LEANDRO (fn 17), at 585 ff; P. A. NIELSEN, (fn 17), at 512 ff; A. NYUTS (fn 17), at 4 ff; F. SALERNO (fn 17), at 81 ff.

³¹ Cf. the Commission's Proposal of 14 December 2010, esp. Article 4, para. 2; R. LUZZATTO, "On the Proposed Application of Jurisdictional Criteria of Brussels I Regulation to Non-Domiciled Defendants", in F. POCAR, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, Wolters Kluwer – CEDAM, 2012, p. 111 ff; F. POCAR, "Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 591 ff, at 595 ff; J. WEBER, "Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 619 ff., at 623 ff; see also 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 (eds), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, XVI Convegno SIDI, Catania, 23-24 giugno 2011, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 345 ff., at 353 ff.

³² Cf. Article 71(b), para. 3, as contemplated under Article 1, Regulation (EU) No 542/2012; P. MANKOWSKI (fn 27), at 337 ff.

³³ Cf. Article 71(c), to be dealt with below, section V, para. 20 ff.

³⁴ Such a risk is dealt with, e.g., under Article 12, Regulation (EU) No 650/2012 in matters of succession, which allows Member State courts seized of an action in matters of succession involving also assets located in a third country to refrain from

15. The rule under Article 71(b), paragraph 3, second sentence tries, at first, to reduce that risk, by requiring that the dispute as a whole presents a close connection with a Member State party to the agreement establishing the common court, such as would make it appear reasonable from the perspective of the third country concerned for a court sitting in any such Member State, and, accordingly, for a common court acting in its place, to exercise jurisdiction in respect of the dispute, thereby tending to meet the requirement based on the reflexive application of domestic jurisdiction rules frequently present within domestic rules concerning the recognition of foreign judgments. Secondly, in case, notwithstanding the existence of such a connection of the dispute with a Member State contracting party to the agreement establishing the common court, the judgment delivered by that court is still refused recognition by the third country concerned, *e.g.* due to a different appreciation of the close connection requirement or for want of other requirements for recognition provided for under the third country's law, the other requirement posed by Article 71(b), paragraph 3, second sentence tends to ensure that the judgment may be capable of enforcement in a Member State party to the agreement establishing the common court, by requiring that assets belonging to the defendant are located in any such Member State.

In this respect, it is worth noting that, on the one side, the rule does not require such assets to be proportionate to the value of the claim, as would have been reasonable if the purpose of the rule is actually to be identified as that which we have proposed, even though the Preamble to Regulation (EU) No 542/2012 in its Recital 7 suggests that the value of the assets concerned should be taken into account by the common court for that purpose in deciding on whether to exercise its jurisdiction³⁵. On the other side, the rule seems to neglect that also assets belonging to the defendant which are located in a Member State that is not a party to the agreement establishing the common court might come for consideration for the purposes of ensuring enforcement of the judgment to be delivered by the common court, since under Article 71(d) judgments given by a common court are to be recognized and enforced in Member States not parties to the agreement establishing the common court under the ordinary rules contained in the Brussels I Recast Regulation, which, as it is well known, provide for the abolition of *exequatur* as among Member States³⁶.

16. The rule contained in Article 71(b), paragraph 3 is conceived according to the Preamble to Regulation (EU) No 542/2014 under the same Recital 7 as a sort of subsidiary jurisdiction rule³⁷. Actually, it may appear doubtful whether this qualification of the rule is correct, since subsidiary jurisdiction rules as such should provide for a jurisdiction which is not available on other grounds, as it happens, *e.g.*, under Article 6, Regulation (EC) No 4/2009 on maintenance obligations³⁸ or Article 10, Regulation (EU) No 650/2012 in matters of succession³⁹. In the instant case, instead, the rule merely provides

ruling on such assets whenever it can be expected that the judgment to be delivered by the Member State court seized will be denied recognition in respect of those assets in the third country concerned; cf., among others, A. BONOMI, *sub Article 12*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (eds), *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 231 ff; A. DAVI, A. ZANOBETTI, 'Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea', *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, n. 2, p. 5 ff, at 121; A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 211 ff; A. DUTTA, *sub Art. 12 EuErbVO*, in: J. VON HEIN ET AL (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Beck, 2015, paras 1 ff.

³⁵ Cf. the Preamble to Regulation No 542/2014, Recital 7. The latter Regulation follows the regrettable practice, rather widespread in recent EU legislation particularly in the domain of judicial cooperation in civil matters, to supplement the actual text of the act with further specifications, which tend to complete rather than simply explain the grounds of the relevant provisions and clarify their interpretation, something which is a source of uncertainty and possible disputes, given the non-binding nature of statements contained in the preambles to EU acts. Cf., for similar remarks concerning Regulation (EU) No 650/2012 in matters of succession, A. DAVI, A. ZANOBETTI (fn 34, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, n. 2), at 17, fn 55; A. DAVI, A. ZANOBETTI (fn 34, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014), at 23 ff, fn 74.

³⁶ Cf. Article 71(d), to be dealt with below, section V, para. 23.

³⁷ See the Preamble to Regulation (EU) No 542/2014, Recital 7.

³⁸ Cf., among others, M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, 'Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari', *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 1051 ff, at 1073 ff; B. ANCEL, H. MUIR-WATT, 'Aliments sans frontières. Le règlement n° 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', *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 457 ff, at 463 ff.

³⁹ Cf., among others, A. BONOMI, *sub Article 10*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (eds), *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013 (fn 34), p. 211 ff; A. DAVI, A. ZANOBETTI (fn 34, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, n. 2), at 115 ff; A. DAVI, A. ZANOBETTI (fn 34, Torino, G. Giappichelli Editore,

for an extension of the scope of a jurisdiction already established pursuant to paragraph 2 of the same provision, which makes the qualification of the rule as subsidiary inappropriate, at least if compared with what is meant with that expression in other EU instruments adopted in the field concerned⁴⁰.

17. The said rules providing for an extension of the jurisdiction of the common courts as to the substance are completed under Article 71(b), para. 2, second sentence with a provision concerning the jurisdiction of those courts to grant provisional, including protective measures. The provision appears strictly modelled on that contained under Article 35 of the Brussels I Recast Regulation, since it provides that a common court will have jurisdiction to grant provisional, including protective, measures even if the courts of a third country have jurisdiction as to the substance⁴¹. Nonetheless, the coincidence between the two rules is more apparent than real, since, in order for the rule to be strictly inspired to the same logic as that underlying Article 35 of the latter Regulation, it ought to have referred to the circumstances in which the courts of Member States who are not parties to the agreement establishing the common court have jurisdiction as to the substance of the case⁴². In fact, as noted already, in the logic of Regulation (EU) No 542/2014, common courts act as a substitute for the courts of the Member States participating in the relevant establishing agreement, and their jurisdiction therefore stands in the first place against that of the courts of the other Member States, rather than against that of third countries' courts⁴³.

At the same time, had the rule referred merely to cases where the courts of Member States not parties to the relevant establishing agreement had jurisdiction as to the substance of the case, it would have been totally superfluous, since such cases already fall under the purview of Article 35 of the Brussels I Recast Regulation, thanks to the general rule under Article 71(b), paragraph 1⁴⁴. The latter rule, in fact, places common courts in the same position in which the courts of the Member States contracting parties to the relevant establishing agreement would have been in respect of the exercise of jurisdiction under the latter Regulation. Instead, the rule under consideration gives rise to the same sort of exorbitant jurisdiction against third country courts in respect of the granting of provisional, including protective measures, which Article 35 produces among Member States' courts, by allowing the granting of such measures independently of the existence of jurisdiction as to the substance of the case⁴⁵.

18. Obviously, the rule under consideration is in turn different from that under Article 35 of the Brussels I Recast Regulation in that it contains no specification as concerns the sort of measures which might be sought from a common court under the rule. In this respect, it seems fairly plain that the express reference contained in Article 35 to the law of the Member State whose courts are being seized of an application for such measures is to be intended as replaced in the rule under examination by an implied reference to the rules contained for the same purposes in the agreement establishing the common court concerned⁴⁶.

2014), at 201 ff; A. DUTTA, *sub Article 10 EuErbVO*, in: J. VON HEIN ET AL.(eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Beck, 2015, paras 1 ff.

⁴⁰ See P. MANKOWSKI (fn 27), at 337 ff, noting that the provision in question operates technically speaking as a rule on the scope of the adjudication (*eine Regel über den Umfang der Kognitionsbefugnis*) rather than as an autonomous head of jurisdiction; F. SALERNO (fn 17), at 99, commenting that the rule in question pursues, alongside the previous one under paragraph 2, an exorbitant extension of the scope of application of EU rules of jurisdiction, consistently with the integrationist attitude of the Union; S. M. CARBONE, C. E. TUO (fn 29), at 28, adding to this the further concern that the rule might vest the UPC with an excessive degree of discretion, as would seem to be inherent in the rules in question pursuant to the Preamble to Regulation (EU) No 542/2014, Recital 6.

⁴¹ Cf. Article 71(b), para. 2, second sentence, as set out under Article 1, Regulation (EU) No 542/2012.

⁴² Cf. Article 35 Brussels I Recast Regulation.

⁴³ See above, section III, para. 7.

⁴⁴ Cf. P. MANKOWSKI (fn 27), at 337.

⁴⁵ See, among others, as concerns the latter rule, C. HONORATI, "Provisional Measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 525 ff.; at 526 ff; A. LEANDRO (fn 17), at 624 ff; A. NUYS (fn 17), at 34 ff.; F. SALERNO (fn 17), at 293 ff.

⁴⁶ Cf. P. MANKOWSKI (fn 27), at 337. As specifically concerns the UPC, its power to grant provisional, including protective measures is governed by Chapter IV of the establishing Agreement, under which, besides provisional and protective measures properly intended (Article 62), further interim measures of a different nature are contemplated (cf. Articles 58-61).

19. Lastly, the rule is silent as concerns the effects of provisional, including protective measures granted by a common court. In this respect, it seems that the effects of such measures in the Member States which are not parties to the agreement establishing the common court concerned fall to be governed by the general rule contained in respect of judgments given by a common court under Article 71(d). This presupposes, first of all, that such measures are entitled to qualify as “judgments” for the purposes of the rule, in which respect the definition contained under Article 2(a) of the Brussels I Recast Regulation, with the inherent limitations as concerns the said measures, applies in the same terms as it would with regard to measures granted pursuant to Article 35 of the Regulation⁴⁷. As concerns, instead, the effects of these measures in third countries, this is inevitably left for the law of the third countries concerned to regulate. These would be at liberty to refuse to give effect to such measures, particularly if their courts would have jurisdiction as to the substance of the case, and even more so if their jurisdiction would be exclusive in nature⁴⁸.

V. The relationships with the courts of Member States that are not Contracting Parties to the agreement establishing the UPC

20. As noted already, the relationships between the UPC, as well as the Benelux Court, on the one side and the domestic courts of the Member States parties to the relevant establishing agreement on the other side are based on the priority of the common courts, so that the domestic courts of those Member States will exercise their jurisdiction under the Brussels I Recast Regulation only in respect of actions not falling within the competence of the common courts as determined pursuant to the relevant establishing agreement. The situation is instead quite different as concerns the relationships with the domestic courts of Member States that are not parties to such agreements, which cannot be considered as obliged to grant any priority to the common courts in the handling of disputes falling under their competence. This state of affairs is reflected in the solution embodied in Article 71(c), paragraph 1, whereby the ordinary rules concerning *lis pendens* and related actions as among different Member States’ courts shall apply in respect of parallel proceedings pending before a common court on the one side and before the courts of Member States not parties to the relevant establishing agreements on the other side⁴⁹.

Such a situation appears particularly likely to arise, as concerns the UPC, in respect of proceedings related to the infringement of a European patent or other intellectual property right falling under the scope of the establishing agreement, since in respect of such proceedings the agreement provides for the exclusive competence of the UPC, whereas under the ordinary rules as embodied in the Brussels I Recast Regulation the courts of the Member State where the defendant is domiciled would have concurrent jurisdiction with the courts of the Member State where the infringement occurred, with the inherent problems of localization which the application of such a rule entails⁵⁰.

21. Analogously, Article 71(c) provides in its second paragraph for the application of the same rules in respect of concurrent proceedings pending before the UPC on the one side and before the domestic courts of the Member States parties to the establishing agreement on the other side during the transitional period provided for under Article 83 of the agreement⁵¹.

⁴⁷ Cf. in this respect O. LOPES PEGNA, “Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I-bis»)”, *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 1206 ff., at 1207 ff.

⁴⁸ Cf. S. M. CARBONE, C. E. TUO (fn 29), at 28, noting an essential shortcoming inherent in the approach underlying the rules under examination, consisting in their attempting to address from a purely unilateral perspective situations connected with third countries. See below, section VI, para. 28, for further remarks in this respect.

⁴⁹ Cf., concerning the rules in question and the amendments introduced in their respect under the Brussels I Recast Regulation, among others, L. FUMAGALLI, “*Lis alibi pendens*: the Rules on Parallel Proceedings in the Reform of the Brussels I Regulation”, in F. POCAR, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (eds), *Recasting Brussels I*, Padova, Wolters Kluwer – CEDAM, 2012, 237 ff; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Per una prima lettura del regolamento «Bruxelles I-bis»: il nuovo regime della litispendenza e della connessione privativa”, published on-line at <http://aldricus.com>, 19 December 2012.

⁵⁰ See above, section III, para. 7, fn 18 and corresponding text.

⁵¹ See above, section II, para. 5, fn 13 and corresponding text. Consistently with a general principle of *perpetuatio*

22. The rule under Article 71(c) does not address, instead, situations where concurrent proceedings are pending before a common court on the one side and the courts of a third country on the other side⁵², even though it must be conceded that, at least as far as the UPC is concerned, territorial considerations would make it rather unlikely for third country courts to be seized of actions concerning a European patent or other intellectual property rights granted on a EU level⁵³. For unlikely that the said circumstances might appear, the rules embodied in Articles 33 and 34 of the Brussels I Recast Regulation are in any event to be considered as applicable without need for a specific reference, based on the underlying assumption that, as expressly stated under Article 71(b), paragraph 1, common courts are to be considered as exercising jurisdiction under the Brussels I Recast Regulation *in lieu* of the domestic courts of the Member States parties to the relevant establishing agreement.

Therefore, common courts are subject, as a matter of principle, to the same rules concerning coordination with the courts belonging to countries which are not contracting parties to the agreement as the domestic courts of those Member States would have been. This sufficiently obvious consideration would probably make the entire rule under Article 71(c) redundant of itself, or, rather, would lead to consider it as having a merely pedagogical nature. If the latter assumption is correct, then it would have been more coherent to complete the rule with a reference to Articles 33 and 34 of the Regulation for the event that the circumstances contemplated in those rules might arise⁵⁴.

23. Probably a similar pedagogical intent inspires the rule as contained in Article 71(d), which provides for the application of the ordinary rules contained in the Brussels I Recast Regulation in respect of the recognition and enforcement of judgments delivered by other Member States' courts as concerns, on the one side, the recognition and enforcement of judgments given by a common court in the Member States that are not parties to the relevant establishing agreement and, on the other side, of judgments delivered by a court of a Member State not party to the agreement establishing the relevant common court in the Member States parties to such an agreement.

While the second part of the rule contains probably a statement of the obvious, since it is self-evident that judgments delivered by Member States subject to the Brussels I Recast Regulation that are not contracting parties to the agreement establishing either of the common courts still are judgments delivered by a Member State court pursuant to the Regulation, the first part of the rule concerning judgments delivered by the common courts themselves can easily be considered in turn as a corollary of the general rule under Article 71(b), paragraph 1, whereby common courts are placed as a matter of principle in the same position in which the domestic courts of the Member States participating in the relevant establishing agreement would have been as concerns the exercise of jurisdiction under the Regulation⁵⁵.

24. Lastly, not only tautological, but out of place altogether within a set of rules addressing issues of coordination between the common courts on the one side and the domestic courts of the Member States not participating in the relevant establishing agreements appears the final part of the rule, which would seem to contain, at first sight, a rather obvious specification of the *lex specialis* principle, by stating that the recognition and enforcement of judgments delivered by a common court in the Member States parties to the relevant establishing agreement shall be governed by the pertinent rules contained in

iurisdictionis, Article 83, para. 2 of the Agreement on a Unified Patent Court provides that actions pending before domestic courts under the transitional regime will not be affected by the subsequent expiry of the period established by the rule.

⁵² Which are dealt with under Articles 33 and 34 of the Brussels I Recast Regulation: cf. F. MARONGIU BUONAIUTI, “*Lis alibi pendens* and Related Actions in the Relationships with the Courts of Third Countries in the Recast of the Brussels I Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XV, 2013/2014, p. 87 ff; P. FRANZINA, “*Lis alibi pendens* Involving a Third Country Under the «Brussels I-bis» Regulation: An Overview”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 23 ff.

⁵³ Cf. P. MANKOWSKI (fn 27), at 340.

⁵⁴ Cf. P. MANKOWSKI (fn 27), at 340, also suggesting that for sake of comprehensiveness the rule could have referred to Articles 33 and 34 as well, noting at the same time that the absence of such a reference cannot be interpreted in the sense of excluding the application of those rules altogether.

⁵⁵ See above, section III, para. 7. Cf. also P. MANKOWSKI (fn 27), at 341, noting the merely declaratory nature of the rule under examination.

such agreement rather than by the rules contained in the Regulation⁵⁶. Actually, according to the general rule under Article 71(a), as further specified under the subsequent Article 71(b), paragraph 1, common courts are courts of the Member States contracting parties to the relevant establishing agreement insofar as they exercise jurisdiction under the Regulation, so that their judicial activity is to be considered as collectively attributable to the Member States having established them.

Therefore, it might be questioned whether the rules concerning recognition and enforcement of judgments delivered in other Member States as contained in the Brussels I Recast Regulation could apply at all in respect of judgments which, as far as the Member States contracting parties to the agreement establishing the relevant common court are concerned, are not judgments delivered in *another* Member State. This is confirmed by the fact that, at least as far as the UPC is concerned, pursuant to its establishing agreement judgments delivered by the latter are entirely to be treated in each of the Member States contracting parties to the agreement itself in the same terms as domestic judgments delivered in the Member State concerned⁵⁷.

VI. Concluding remarks

25. Attempting to draw some conclusions from the foregoing analysis, even though it must be borne in mind that at the moment of writing the agreement establishing the UPC is still awaiting its entry into force⁵⁸, its establishment is to be viewed as a useful complement on the jurisdictional level to the creation of a unitary regime concerning the effects of European patents as established thorough the enhanced cooperation implemented by the two regulations No 1257/2012 and No 1260/2012, since it aims to concentrate before a specialized court common to several Member States most actions concerning the said patents.

In this respect, the choice made in the Agreement establishing the UPC to extend its competence also to actions concerning European patents not having unitary effect, as well as to actions concerning supplementary protection certificates granted on the basis of national patents, appears appropriate. In fact, also in respect of those actions it appears desirable to have access to a centralized system of judicial protection offering a high level of specialization as necessary in respect of intellectual property litigation.

26. Equally appropriate appears, from the same perspective, the solution adopted in the agreement to define in sensibly broad, even though not all-encompassing terms, the competence of the UPC, since this appears likely to contribute to a broader and more effective achievement of the said objectives and to reduce, if not eliminate altogether, the risk of fragmentation of litigation, with the ensuing likelihood of parallel proceedings before different courts and the inherent risk of contradictory judgments being handed down. In this sense, particularly welcome appears the solution of granting to the competence of the UPC

⁵⁶ Cf. P. MANKOWSKI (fn 27), at 341, alleging that the supposed prevalence in terms of *lex specialis* of the rules concerning the effects of UPC judgments as contained in the relevant establishing agreement may find a limit in the s. c. *Günstigkeitsprinzip*, whereby the prevalence of such rules would be subject to their affording a more favourable treatment to those judgments than would have been available under the Regulation, had the latter been applicable as concerns the effects of those judgments in the Member States having established the UPC; F. SALERNO (fn 17), at 100, who appears to construe instead the relationships between the two sets of rules in terms of complementarity.

⁵⁷ In fact, Article 82 of the Agreement on a Unified Patent Court provides that decisions and orders of the UPC shall be directly enforceable in any Member State contracting party to the establishing agreement, subject to an order for the enforcement being delivered by the UPC itself. Paragraph 3 of the rule clarifies that any decision of the UPC is to be enforced in the same conditions as a decision given in the Contracting Member State where enforcement is sought. Consistently with the general rule under Article 71(a), judgments delivered by a common court are, in the Member States parties to the relevant establishing agreement, equivalent to a domestic judgment and not to a judgment delivered in another Member State, as they are, instead, in the Member States that are not parties to such an agreement.

⁵⁸ At the moment of writing, the Agreement on a Unified Patent Court appears to have been ratified only by nine Member States (Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Luxembourg, Malta, Portugal and Sweden, from data published on the Council's website at <<http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2013001>>, consulted on 2 March 2016). See above, section III, para. 10, fn 23, concerning the requirements posed under Article 89 of the agreement for its entry into force.

an exclusive nature, even though this is subject to a long transitional regime within which the competence of the latter will co-exist with that of the otherwise competent national courts⁵⁹. In the same vein goes the decision taken in the agreement to extend such an exclusive competence not only to actions concerning issues of validity and registration but also to actions for infringement of the contemplated rights⁶⁰.

It is particularly in respect of the latter feature of the agreement establishing the UPC that problems of coordination have arisen with the system of allocation of jurisdiction in civil and commercial matters among the Member States of the EU, as embodied under the Brussels I Recast Regulation. As it has been noted, within the latter Regulation exclusive jurisdiction is contemplated only in respect of actions concerning validity or registration of patents or other intellectual property rights subject to registration, and not of actions concerning their infringement, which are instead subject to the concurrent jurisdiction of alternative *fora*⁶¹.

27. The new provisions introduced into the text of the Brussels I Recast Regulation by Regulation (EU) No 542/2014, while on the one side they appear courageous in their effort to overcome the traditional limitations of the scope of application *ratione personarum* of the jurisdiction rules embodied in the Brussels I Regulation's jurisdiction rules which the Recast Regulation itself has left largely untouched, on the other side they are probably too reluctant in their attempt to achieve an effective coordination between the two systems. This would have implied overcoming the said disparity concerning the scope of exclusive jurisdiction in respect of patent litigation, by directly amending the relevant rules of the Brussels I Recast Regulation instead of merely supplementing them with special rules applicable only for the purposes of establishing the jurisdiction of a common court⁶². Such a solution would have been desirable in order to reduce to a larger extent the risk of concurrent proceedings before the UPC and the courts of Member States not parties to its establishing agreement, even though the rules contained in the Brussels I Recast Regulation as concerns *lis pendens* and related actions may be of avail in this respect⁶³.

28. As concerns the problems inherent in third-country related disputes, it must be considered that the already noted technique of unilaterally addressing such situations by means of merely extending the subjective scope of application of EU jurisdiction rules is not entirely satisfactory. In fact, if from the one side this solution presents the advantage of simplicity and of filling a gap which would have been left open due to the impossibility to refer residually to the domestic rules of jurisdiction of an individual Member State for the purposes of establishing the jurisdiction of the UPC, as a court common to several Member States, in respect of a non-EU domiciled defendant⁶⁴, on the other side it risks revealing an intent of creating an exorbitant jurisdiction, with the inherent risk of giving rise to limping situations⁶⁵. As it has been noted, the said technique cannot ensure an effective cooperation by the third countries concerned, which would be at liberty to deny recognition and enforcement to judgments delivered by Member States' courts in respect of disputes which those countries could consider from their own perspective as subject to their potentially exclusive jurisdiction⁶⁶.

⁵⁹ As provided for under Article 83 of the Agreement (see above, section II, para. 5, fn 13 and corresponding text).

⁶⁰ See above, section II, para. 6, concerning Article 32 of the Agreement establishing the UPC.

⁶¹ Above, section III, para. 8 f, with regard to Articles 24(4) and 7(2) of the Brussels I Recast Regulation.

⁶² Above, section IV, para. 13 ff, in respect of the provisions contained in Article 71(b) as introduced into the Brussels I Recast Regulation pursuant to Article 1, Regulation (EU) No 542/2014, concerning the determination of the jurisdiction of a common court.

⁶³ Above, section V, para. 20 ff., with regard to Article 71(c) as introduced into the Brussels I Recast Regulation pursuant to Article 1, Regulation (EU) No 542/2014.

⁶⁴ Cf. Recital 6 in the Preamble to Regulation (EU) No 542/2014.

⁶⁵ Cf. particularly the critiques by F. SALERNO (fn 17), at 99, and by S. M. CARBONE, C. E. TUO (fn 29), at 28.

⁶⁶ See above, section IV, para. 15 f., commenting on the rule contained under Article 71(b), para. 3, second sentence, requiring the presence of property belonging to the defendant in any Member State party to the agreement establishing the common court in order for that court to exercise jurisdiction as against a non-EU domiciled defendant also in respect of damage arising outside the Union from the infringement of a European patent giving rise to damage within the Union, as well as on the rule contained under Article 71(b), para. 2, second sentence, providing for the power of a common court to grant provisional, including protective, measures even if the courts of a third country have jurisdiction as to the substance of the case.

ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREDITOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, EN EL *COMMON LAW*

SOME OBSERVATIONS ON THE RIGHT OF OPTION OF CREDITOR TO THE BREACH IN THE COMMON LAW

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil

Universidad Gabriela Mistral (Chile)

Recibido: 12.12.2015 / Aceptado: 23.12.2015

Resumen: La presente investigación tiene por finalidad analizar el llamado derecho de opción del acreedor, ante el incumplimiento contractual, a la luz de la doctrina y jurisprudencia anglosajona. Particularmente, interesa establecer el o los nexos entre éste y el Derecho europeo continental de las obligaciones, toda vez que, dichas instituciones y principios podrían dar luz acerca de las nuevas orientaciones que debiese tener el nuevo Derecho europeo de las obligaciones.

Palabras clave: derecho de opción, resolución, obligación, derechos del acreedor, incumplimiento contractual, derecho de remedios, *common law*.

Abstract: This research aims to analyze the so-called right of option of the creditor, before the breach of contract, in the light of the doctrine and Anglo-Saxon jurisprudence. Particularly interested in establishing or links between it and the continental European law of obligations, since, these institutions and principles could shed light on new guidance which is expected to have the new European law of obligations.

Keywords: right option, resolution, obligation, creditor's claim, breach of contract, law remedies, common law.

Summary: I. Introducción. II. Clases de remedios en el Derecho anglosajón. III. Fundamento del derecho de opción en el sistema anglosajón. IV. Caracteres del derecho de opción en el sistema anglosajón. V. Algunas conclusiones.

I. Introducción

1. En el sistema anglosajón, la evolución del derecho de opción ha sido similar al Derecho continental.¹ Se distingue entre *condition precedent*, *concurrent condition* e *independent promises*. Ahora bien, cuando se estipula, sea explícita o implícitamente, que el cumplimiento de la obligación de una de

* Esta investigación forma parte mi tesis doctoral, defendida el 18 de septiembre de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y calificada sobresaliente *cum laude*.

¹ Para obtener una visión general del sistema del *common law*, vid.: P. D'AMICO, *Common law*, Torino, G. Giappichelli Editore-Torino, 2005, pp. 13 y ss.

las partes sea anterior al cumplimiento de la contraparte, se dice que el cumplimiento de la obligación del primer contratante, es una *condition precedent* de la obligación del segundo y, por ello, la prestación del segundo contratante constituye una *condition subsequent* del cumplimiento del primero. Por último, cuando los contratantes deben cumplir simultáneamente sus obligaciones, se habla que el cumplimiento de cada contratante es *concurrent condition* del cumplimiento de la contraparte.²

2. Al igual que en el Derecho europeo continental, la ambigüedad de la doctrina, en cuanto a la terminología que tipifica a esta institución, también se presenta en el sistema anglosajón. Así, se ha dicho que la extinción de la relación obligatoria se denomina “*rescission*”, cuando ésta tiene su fundamento en el incumplimiento del deudor. Pero también se emplea la expresión “*discharge by breach*” (dispensa por incumplimiento) para hacer alusión a nuestra “facultad resolutoria tácita”.³ El motivo del cambio de nomenclatura, obedece a lo siguiente: se pretende no confundirla con la “*rescission*” por “*misrepresentation*” y otros vicios del consentimiento, toda vez que en este supuesto, la *rescission* significa la inexistencia del negocio jurídico y, el incumplimiento, en cambio, supone la existencia de una relación jurídica. Además, se debe indicar que en el caso de la “*rescission*” por “*misrepresentation*”, la parte afectada no está legitimada para reclamar una indemnización por daños y perjuicios (“*claim damages*”), la que constituye el principal “*remedy*” en caso de incumplimiento contractual.⁴

3. Cabe indicar, a modo de introducción, que, en el sistema anglosajón, la noción de remedios (*remedies*),⁵ se conceptualiza como el conjunto de medios mediante los cuales se realiza un derecho personal, o bien, se intenta evitar, compensar o reparar su infracción. Es decir, el derecho de remedios busca cualquiera de las dos siguientes alternativas: (a) ejecutar un crédito; (b) evitar la lesión de un derecho o interés y, cuando ésta se produjo, indemnizar al contratante inocente por dicha violación. Así, los remedios contractuales, se llevan a cabo mediante la concesión de acciones o facultades, concedidos por el legislador o la convención, cuyo ejercicio depende del contratante que debe soportar la infracción o gravamen.

II. Clases de remedios en el Derecho anglosajón

4. En el Derecho anglosajón se distinguen dos clases de *remedies*: (i) Los *equity remedies* o *relief* y (ii) Los *legal remedies*.⁶ En el primer caso, se trata de la justicia aplicada, conforme a las circunstancias particulares del caso concreto; en cambio, en el segundo caso, el tribunal no sólo recurre a la equidad con el fin de interpretar las cláusulas contractuales. Con todo, desde el ángulo procesal,

² Cfr.: M. E. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 34. En este mismo sentido, SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA señala que: “Estas cuatro formas de resolución tienen efectos retroactivos solamente entre las partes, salvo pacto en contrario. Sin embargo, en los contratos de ejecución continuada o periódica quedan a salvo las prestaciones ya realizadas por lo que se considera que se reduce propiamente a una disolución del contrato más que a una resolución”. J. R. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1979, p. 29.

³ En este sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO señala que: “Los juristas ingleses emplean desde hace décadas diversos términos para referirse al remedio resolutorio (*rescission*, *discharge by breach*, *termination for breach*, *avoidance*), y el que tradicionalmente ha tenido un empleo más consolidado, *rescission*, resulta polisémico”. Cfr.: B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Málaga, Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S. A., 2013, p. 131.

⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 47-48.

⁵ Con relación a la noción de “*remedies*” en el Derecho anglosajón, TILBURY, señala lo siguiente: “Because «*remedy*» is peculiarly susceptible of a variety of meanings in law, it is necessary to state at the outset how I propose to use it. For the purposes of this chapter, «*remedy*» is the legal response to events that constitute a wrong or to events that, while not constituting a wrong, still give rise to legal liability. If we adopted Birksian terminology, we would put this shortly as: a *remedy* is the legal response to a wrong or a not-wrong. This understanding of *remedy* cuts across the Austinian division of rights into primary and secondary”. M. TILBURY, “Remedies and the classification of obligations”, en Andrew Robertson (edit.), *The law of obligations*, London, Editorial UCL Press, 2004, pp. 14-15. Cfr.: S. WHITTAKER, “The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures”, en Pozzo, Bárbara y Jacometti, Valentina (eds.), *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 49.

⁶ G. SAMUEL y J. RINKES, *Law of obligations and legal remedies*, London, Cavendish Publishing Limited, 1996, pp. 109 y ss.

esta distinción carece de relevancia, pues, existe una sola clase de acción: la *civil action*.⁷ En estos casos, se habla de *dependent obligations*, en el sentido que el cumplimiento de una o ambas partes, depende de un hecho futuro e incierto (*contingency*), que consiste en el cumplimiento precedente o simultáneo de la contraria.⁸ La doctrina inglesa, en general, ha señalado –siguiendo a John AUSTIN– que el remedio (derecho secundario, por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios), no es sino la respuesta a un derecho anterior o primario (incumplimiento de la obligación). Así, *v. gr.*, la pretensión indemnizatoria del actor (derecho secundario), surge del incumplimiento de la obligación (derecho primario).

5. Dentro de los actuales remedios que ofrece el Derecho, se pueden citar: los recursos monetarios de la indemnización de daños y perjuicios, la liquidación de beneficios, los daños de restitución y la compensación equitativa.⁹ Por otra parte, la doctrina agrega que en el sistema anglosajón, las obligaciones pueden ser independientes, de tal forma que cada contratante puede obligar al otro a cumplir con su deber, aun cuando él no haya cumplido. Esta nomenclatura tiene su origen en el Derecho procesal inglés del s. XIX, particularmente con la *actio de covenant*, por medio de la cual el actor únicamente podía demandar el cumplimiento de la promesa formal (*under seal*), por parte del demandado. El juez debía establecer previamente, si la promesa del actor era o no dependiente de la promesa del demandado.¹⁰ En el s. XVI se presumía la independencia de las promesas, salvo cuando los contratantes hubieran estipulado que el cumplimiento de una de ellas dependía del cumplimiento de la contraparte. Igual solución se aplicaba a la ejecución de los contratos no formales (*not under seal*), mediante el ejercicio de la acción de *assumpsit*, (durante el s. XVII). Posteriormente, en el s. XVIII, se llegó a la conclusión que la anterior solución, podía contrariar al principio de justicia, porque si las promesas eran consideradas independientes, el demandado estaba obligado a cumplir su deber aun cuando la contraparte no cumpliere o no pudiere cumplir con su obligación; si, por el contrario, las promesas eran consideradas dependientes, el demandante debía cumplir con su deber, para exigir que el demandado a su vez cumpliera la suya, lo que significaba un riesgo para aquél. Por ello, la jurisprudencia consideró que ambas prestaciones debían cumplirse mutua y simultáneamente, acogiendo la solución postulada por LORD MANSFIELD, quien hablaba de *concurrent covenants* o *mutual conditions*, estableciendo que para que prospere la acción, basta con que el actor acredite que está dispuesto a cumplir su obligación (*ready and willing to perform*). A partir de este momento, se estableció que el incumplimiento de la obligación de una de las partes, exoneraba del cumplimiento a la contraria.¹¹ Más adelante, se estableció que si las promesas eran independientes, el cumplimiento de una de las promesas, no liberaba al otro contratante de cumplir con la suya; mas, si eran dependientes, entonces el actor debía probar el cumplimiento, careciendo de sentido la dispensa (*discharge*).¹² De lo anterior, se puede concluir que existen las siguientes hipótesis: (i) En el caso que el cumplimiento de una de las partes sea una *condition precedent* del cumplimiento de la otra parte, esta última puede rechazar el cumplimiento de su deber. Cuando se reúnan los presupuestos necesarios para resolver la relación jurídica, podrá solicitar la resolución cuando no hubiere cumplido con su obligación; en cambio, cuando el contratante debe cumplir previamente con su deber, sólo podrá pedir la resolución cuando haya cumplido. (ii) Cuando el cumplimiento de las obligaciones constituye una *concurrent condition* del cumplimiento de la contraria, mientras uno de los contratantes no cumpla con su deber, el otro contratante puede negarse a su vez a cumplir o bien pedir la resolución de la obligación, cuando la contraria no esté llana a cumplir (*ready and willing to perform*). (iii) Por último, en caso de que las promesas sean independientes, cuando una de las partes incumple con su obligación, la otra parte no está autorizada para solicitar la resolución como

⁷ Cfr.: C. PIZARRO WILSON y Á. Vidal Olivares, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 340.

⁸ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 35.

⁹ Cfr.: TILBURY (2004), p. 15.

¹⁰ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 35–36.

¹¹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 36–37.

¹² Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 37–38.

discharge.¹³ Ahora bien, determinar cuando estamos frente a una de estas tres hipótesis, constituye una cuestión de interpretación, para lo cual, el juez debe tener presente una presunción: las obligaciones se presumen dependientes y *concurrent conditions*.¹⁴

III. Fundamento del derecho de opción en el sistema anglosajón

6. Con relación al fundamento del derecho de opción en el Derecho anglosajón, se ha postulado una teoría similar a la teoría de la condición resolutoria tácita, denominada teoría de la *failure of condition*. Para esta doctrina, una de las partes está dispensada (*discharged*) del cumplimiento, mientras la contraparte a su vez no ha cumplido su promesa, de tal manera que el negocio no le obliga a cumplir su deber, sino cuando se verifique una condición: que la otra parte haya cumplido con la suya. Esta teoría distingue entre las *dependent* y las *independent promises*, las primeras equivalen a las *conditions precedent* o *concurrent conditions*. En caso que el cumplimiento de la obligación constituya una *condition precedent* del cumplimiento de la contraria, ésta no se encuentra obligada a cumplir mientras la otra parte no haya cumplido con su obligación y, en caso de que una de las partes no esté llano a cumplir o bien, se incapacite para hacerlo, la contraria puede solicitar la resolución de la obligación. En caso de que las obligaciones sean independientes, no se faculta al contratante cumplidor para pedir la resolución de la obligación. En definitiva, para esta doctrina, uno de los contratantes está autorizado a resolver la obligación, cuando su cumplimiento está condicionado al cumplimiento del otro contratante, sea por voluntad explícita o implícita de las partes.¹⁵ En el Derecho inglés, esta condición, a diferencia del Derecho continental, es suspensiva, por cuanto, si estamos frente a prestaciones *concurrent conditions*, cada uno de los contratantes no está obligado a cumplir con su deber, mientras el otro contratante no haya cumplido a su vez con el suyo.¹⁶ La doctrina del *failure of condition*, se apoya en la noción de *consideration*.¹⁷ En este sentido, la doctrina ha señalado que, en el sistema anglosajón, existen dos grandes cuerpos normativos: por una parte, el Derecho escrito (*statutory law*)¹⁸ y el Derecho no escrito (*common law*).¹⁹ En el Derecho anglosajón (principalmente en Reino Unido y USA), la noción de contrato presenta una reducida zona de analogía con la noción de contrato en el Derecho continental: en ambos, el contrato es fuente creadora de derechos y obligaciones.²⁰ A diferencia del *Code*, en que se clasifican a los contratos en sinalagmáticos o bilaterales y contratos unilaterales, conforme a si se obligan ambas partes o sólo una

¹³ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 38.

¹⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 8.

¹⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 56-57.

¹⁶ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 58.

¹⁷ En este sentido, DELL'AQUILA señala que: “[...] es preciso, según el Derecho inglés, que cada parte realice o se obligue a realizar una prestación o, cuando menos, renuncie a algún derecho de naturaleza patrimonial «en consideración» a que, a cambio, el otro contratante ejecute, o se comprometa a ejecutar, una contraprestación, o renuncie, al menos, a un derecho del que es titular”. E. DELL'AQUILA, *El contrato en Derecho inglés (Aspectos de Derecho comparado)*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., T. I, Elementos del contrato y vicios de la voluntad, Prólogo del Prof. Dr. Juan Ramón Medina Cepero, 2001, p. 72.

¹⁸ Al respecto, vid.: A. WATSON, *The evolution of western private law*, Maryland, The Johns Hopkins University Press, expanded edition, 2001, pp. 1 y ss.

¹⁹ En este sentido, la expresión “*common law*” significa “[...] derecho consuetudinario, derecho común inglés. *English lawyers use the term «civil law» to refer to legal systems base don roman law, and «common law» for the english system*; los tratadistas suelen distinguir entre sistemas jurídicos de *common law* y sistemas de derecho continental, sin traducir el término inglés; el derecho consuetudinario –*common law*– y la equidad –*equity*– son las fuentes más idiosincráticas del derecho inglés y angloamericano; el término *common law* se entiende, al menos, en dos sentidos: (a) las resoluciones judiciales contenidas en las sentencias recogidas en los repertorios de jurisprudencia –*law reports*–; en este sentido equivale a *case law* –derecho jurisprudencial, precedentes, jurisprudencia–, que es el derecho elaborado por los jueces –*judge made law*–; (b) las fuentes históricas del derecho inglés [...]. E. ALCARAZ VARÓ y B. HUGHES, *Diccionario de términos jurídicos*, Barcelona, Editorial Ariel, Prólogo de Ramón Martín Mateo, 10.^a edición actualizada, 2007, p. 146.

²⁰ Cfr.: F. GALGANO y P. G. MONARETI, *Causalidad y abstracción del contrato: la contraposición entre los modelos francés y alemán*, *Atlas de Derecho Privado*, trad. Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pp. 175-176; J. M. RIVERA RESTREPO, *La causa en el Derecho chileno*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2012, pp. 135 y ss.

de ellas;²¹ en el Derecho anglosajón la expresión *contract* únicamente hace alusión a aquellos negocios que, en el *civil law* se identifican con los contratos sinalagmáticos o recíprocos, resultando ser la *consideration*²² (el intercambio de bienes y servicios),²³ un elemento esencial del mismo,²⁴ de tal manera que, el negocio que no tiene *consideration*,²⁵ no es un *contract*.²⁶ Dentro de estos últimos se encuentra el *deed* o *act under seal*, que equivale a un acto formal (requiere escritura, firma del disponente, la presencia de un testigo de actuación, la aposición del sello del disponente, que en la actualidad se ha sustituido por la expresión “*as a deed*” y la entrega del escrito al beneficiario), que es obligatorio, aun careciendo de *consideration*.²⁷ En este sentido, de acuerdo con BLACKSTONE, para que un contrato sea obligatorio, no sólo es necesario el acuerdo de voluntades (*agreement*), sino que además, éste debe perfeccionarse sustentado por una *consideration* suficiente (*upon sufficient consideration*).²⁸ Únicamente cuando el negocio presenta *consideration* es eficaz.²⁹

²¹ En este sentido, expresa CLEMENTE MEORO lo siguiente: “[En el sistema anglosajón] no se considera que sean unilaterales estos contratos en que sólo existen obligaciones para una de las partes porque la otra ya ha llevado a cabo todos los actos necesarios para dar lugar a la obligación de aquélla; esto es, no se tienen por unilaterales los contratos reales. El *common law* considera contrato unilateral la promesa pública de recompensa, sobre la base de que en él una parte hace una promesa que sólo resulta exigible cuando la otra lleva a cabo lo estipulado, aunque sin estar obligado a hacerlo. Un contrato unilateral es, por tanto, el que no da lugar al inmediato nacimiento de ninguna obligación para ninguna de las partes, salvo la de abstenerse de incapacitarse para cumplir su obligación en el futuro. Sin embargo, el contrato de préstamo con interés se tiene por bilateral, en la medida en que desde su nacimiento existe obligación, aunque sea sólo para una de las partes. Desde esta perspectiva, nada impide que el prestamista pueda resolver el contrato de préstamo por incumplimiento del prestatario”. CLEMENTE MEORO (1998), p. 101.

²² En este sentido, la doctrina ha dicho que, la *consideration* es “[...] el precio que el promisario paga por la obligación asumida por el promitente (precio en el sentido de contraprestación) y en los códigos latinos de corrientes causalistas, se identifica la causa de los contratos onerosos, con la contraprestación a cambio de la promesa”. RIVERA RESTREPO (2012), p. 139. Por su parte, YOUNG señala que: “*Consideration is some detriment to the promise (in that the promise parts with something of value) OR some benefit to the promisor (in that the promisor receives value)*”. M. YOUNG, *Understanding contract law*, London, Routledge–Cavendish, 2010, p. 42. Al respecto, *vid.* también: J. COOKE y D. OUGHTON, *Common law of obligations*, London, Butterworth & Co. Publishers, second edition, 1993, pp. 34 y ss.

²³ Con relación a esta cuestión, CLARKE señala lo siguiente: “*Consideration must be of economic value. What this principle basically means is that there must be some physical value, rather than just of emotional or sentimental value*”. P. CLARKE, *Contract law*, Brighton, Straightforward Publishing, 2010, p. 43. *Vid.* también: P. S. ATIYAH, *The law of contract*, Oxford, Clarendon Press, fourth edition, 1989, pp. 128 y ss.

²⁴ Sobre este punto, YOUNG postula lo siguiente: “*Bainbridge, at the request of Firmstone, allowed Firmstone to weigh two of his boilers. Firmstone promised that he would, within a reasonable time after he had weighed the boilers, return the boilers in a perfect and complete condition. Firmstone took the boilers to pieces, weighed them and then refused to put them back together again. Bainbridge sued Firmstone for breach of his promise to return the boilers in a perfect and complete condition; Firmstone pleaded lack of consideration. Paterson J. The consideration is, that [Bainbridge], at [Firmston's] request consented to allow to weigh the boilers. I suppose thought he had some benefit; at any rate, there is a detriment to from his parting with the possession for even so short a time*”. YOUNG (2010), p. 42.

²⁵ En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ señala que: “En el derecho anglosajón, mediante la doctrina de la *consideration*, se pretende que los jueces sólo amparen pretensiones dignas de tutela jurídica, esto es, de cierta seriedad y, en principio, de acreditada justificación: por esto, sólo será exigible ante ellos el cumplimiento de la promesa formalmente expresada (por ejemplo, *under seal*), o si no lo es, el de la promesa a cambio de la cual se demuestre que se hizo otra promesa (*executory consideration*), o a cambio de la que se hizo una prestación (*executory consideration*), o en recompensa de pasados favores del promisario hechos a instancia del promitente (*past consideration*). No se ampara una promesa hecha a cambio de una actividad ilícita [...].” L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998, pp. 270–271.

²⁶ En este sentido, según DELL’AQUILA: “Dentro del «*simple contract*» cabe distinguir la modalidad contractual llamada «*bilateral contract*» de la que se denomina «*unilateral contract*». No se trata de dos tipos contractuales, pues, si así fuera, esto contradiría lo que dijimos acerca de la general atipicidad contractual en Derecho inglés y la correspondiente básica falta de contratos con regulación propia. Como vamos a ver a continuación, en realidad son solamente dos maneras diferentes de formación del acuerdo (o «*agreement*») entre las partes, de modo que esta distinción no atañe al tipo de operación económica que se quiere realizar”. DELL’AQUILA (2001), p. 36.

²⁷ *Cfr.*: GALGANO y MONARETI (2000), p. 129.

²⁸ Sobre este punto, *vid.*: G. ALPA y M. BESSONE (Edits), *Causa y consideration*, Padiva, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, pp. 3 y ss.

²⁹ *Cfr.*: GALGANO y MONARETI (2000), p. 181; N. GOROSTIAGA, *La causa en las obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Ideas, 1944, p. 617.

7. En el Derecho anglosajón, la *consideration*³⁰ equivale a una conducta, (la ejecución de un hecho o la entrega de una cosa) o una contrapromesa. La *consideration* supone la existencia de una reciprocidad o interrelación de las prestaciones.³¹ En USA, a diferencia del Derecho inglés, el beneficiario de la prestación puede ser un tercero, pero el promisario no debe ser el que recibe el perjuicio o realiza la actuación.³² Aun cuando, en honor a la verdad, se debe indicar que los juristas norteamericanos se muestran reacios en torno a este elemento,³³ toda vez que, el móvil de los autores estadounidenses,³⁴ está orientado por su hostilidad a elucubraciones abstractas y su fascinación por cuestiones económicas.³⁵ En general, la doctrina plantea que, en el Derecho inglés se distingue dos clases de promesas: (i) las promesas formales (*formal, unde seal*) y (ii) las promesas no formales o simples (*not under seal, simple*). En las promesas formales, el cumplimiento de la formalidad le otorga obligatoriedad y carácter jurídico; en las segundas, además del acuerdo de voluntades, se necesita de una *consideration*. Este elemento debe consistir en algo de valor para el Derecho (*something of value in the eye of law*), incluso se ha sentenciado que un gramo de pimienta puede constituir *consideration* (WHITNEY v STEAMS, 1839).³⁶ La *consideration* no requiere ser equivalente a lo prometido por la contraparte, para dar nacimiento a la relación jurídica, basta con que sea real, es decir, que sea física y moralmente posible, concreta, determinada y legal, esto es, conforme a la ley, a la moral y al interés público (*public policy*).³⁷ Se exige que exista una relación de causa a efecto entre la promesa y la *consideration*, así, si la promesa es gratuita no resulta obligatoria, salvo que se trate de un *deed*, que haya cumplido las formalidades vistas. En definitiva, las promesas unilaterales carentes de *consideration*, no resultan exigibles (*not under seal*), por ello, las noción de onerosidad y bilateralidad se identifican en el Derecho anglosajón.³⁸ Ahora bien, en el caso de que una parte no cumpla, voluntaria o forzadamente con su *consideration*, ofrecida por la promesa de la contraparte, entonces tal promesa se degenera en una promesa otorgada sin *consideration*, y el negocio pasa a ser *nudum pactum*, de manera que el promitente puede negarse a cumplirla. Así, cuando en virtud de un contrato de compraventa, el vendedor se encuentra obligado a entregar una cosa, y el comprador a pagarla en dinero, si la primera no se produce, entonces ha fallado la consideración que justificaba la promesa del comprador, y éste puede solicitar la resolución de la obligación. En definitiva, la falta de *consideration*, puede suponer cualquiera de las siguientes sanciones: (i) La inexigibilidad de la obligación, cuando la falta de *consideration* se produce en la etapa de celebración del contrato; (ii) La

³⁰ En el Reino Unido, COLLINS expresa, con relación al concepto de *consideration*, lo siguiente: “*Due to its remarkable degree of abstraction, the doctrine of consideration does not tie legal enforceability to particular kinds of transactions or subject matter. In principle, it seems possible to satisfy the doctrine with any kinds of promises and acts, such as promises to keep quiet, to stop pestering someone, or to give some token which has negligible market value. The doctrine of consideration serves as a general test of legal enforceability because any human action or forbearance, from complex commercial deals to trivial consumer purchases, potentially satisfies the test. This degree of abstraction turns out to be the weakness of the doctrine, for it cannot cope with the subtleties of context which the distinction between the public and private spheres of conduct must examine*”. H. COLINS, *The law of contract*, London, LexisNexis UK, fourth edition, 2003, p. 59.

³¹ A propósito de la *consideration* en el Derecho quebequense, TANCELIN señala que: “*La Loi de protection de 1971 7art. 1, par. s) confirmait l'emprise de la common law sur le droit québécois en employant le terme considération comme synonyme de prix, c'est-à-dire dans le sens de contrepartie en valeur: il est remarquable que la loi de 1978 ne définit plus le terme considération, qui se trouve implicitement défini par renvoi au droit commun*”. M. TANCELIN, *Des obligations. Contrat et responsabilité*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Itée, 4^a édition, 2^e tirage, 1988, p. 105.

³² Cf.: CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998), pp. 279 y 280.

³³ En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ señala que: “No obstante, la *consideration*, como técnica jurídica, padece en EEUU una indudable crisis: a pesar de la creciente pérdida de relevancia del formalismo, a pesar de que los jueces norteamericanos la invocan frecuentemente, los juristas teóricos, algo fatigados ante las dificultades de su construcción y formulación, tienden a insinuar la conveniencia de su abandono, encaminando la solución de los problemas que ella ha contribuido a solucionar hasta ahora a través de otras técnicas”. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998), p. 284.

³⁴ Lo mismo ocurre en el Derecho inglés. En este sentido, MALAURIE y AYNÈS señalan que: “*La résolution d'un contrat pour cause d'inexécution est, sous des noms divers, une institution aujourd'hui universelle. Mais ses modalités variant de pays à pays. Notamment, la common law d'Angleterre (termination for breach) et le droit allemand, particulièrement sensibles aux intérêts du commerce, conçoivent autrement que nous le rôle du juge en la matière*”. P. MALAURIE y L. AYNÈS, *Cours de Droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 11^e edición 2001/2002, T. VI, Obligations, vol. II, Contrats et quasi-contrats, 2001, p. 281.

³⁵ Cf.: CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998), p. 288.

³⁶ Cf.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 71.

³⁷ Cf.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 71-72.

³⁸ Cf.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 72.

resolución de la obligación, en el caso de que justifique la prestación de la contraparte y ésta no llega a verificarse y (iii) La restitución de la cosa dada, cuando no se ha recibido la contraprestación (se habla de *total failure of consideration*) por medio de los llamados *restitutary remedies* (*money had and received* y *quantum meruit*).³⁹

IV. Caracteres del derecho de opción en el sistema anglosajón

8. En definitiva, podemos indicar que el derecho de opción, en el sistema anglosajón, presenta las siguientes particularidades:

9. (a) En cuanto a la resolución, ésta constituye una facultad para el contratante cumplidor, toda vez que, cuando el deudor incumple su obligación (*breach*) o no ha ejecutado la prestación (*failure of performance*), el contratante cumplidor puede *rescind* o *discharge* el negocio. En definitiva, la resolución no se produce *ipso iure*, sino que depende de la voluntad del afectado, quien puede solicitarla o bien, ejercer las acciones que el *common law* y la *equity* le otorgan (*damages, specific performance*),⁴⁰ para así obtener el cumplimiento íntegro de la prestación debida.⁴¹

10. (b) La “*rescission*” o “*discharge*” no requiere de un procedimiento judicial, excepto cuando se trate de repetir lo que se hubiera dado o pagado precedentemente o la contraparte se resista a la resolución, caso en el cual debe intervenir el tribunal. En este sentido, la doctrina ha planteado que la resolución opera de manera extrajudicial y sin necesidad de cumplir con ninguna clase de formalidad.⁴²

11. (c) El *onus probandi* recae sobre el contratante incumplidor, de tal manera que éste debe proceder a acreditar los elementos o presupuestos de la acción resolutoria, los que deben existir al tiempo en que el contratante cumplidor realiza la elección.

12. (d) La comunicación del contratante cumplidor, en virtud de la cual le notifica al incumplidor su voluntad de optar por la *rescind* o *affirm*, se puede realizar de forma explícita (oral o por escrito) o implícitamente, cuando ésta se deduzca inequívocamente de ciertos actos o formas de obrar.

13. (e) Un obstáculo al derecho de opción puede surgir con la llamada exclusión o *exemption clauses*, que consiste en una cláusula cuyo objetivo es impedir o limitar el ejercicio del derecho de opción, sustituyéndolo por otros remedios o bien, éste puede verse afectado por el Derecho estatutario, *v. gr.*, en materia de contrato de arrendamiento de inmuebles, que se encuentra regulado por la *Law of Property Act* de 1925.⁴³

14. (f) La resolución, una vez declarada, produce sus efectos desde el momento en que el contratante cumplidor optó por ella,⁴⁴ y se extienden únicamente para el futuro, es decir, a diferencia del modelo francés, la resolución no constituye una causal de ineficacia del contrato, ni supone la restitución de las cosas dadas en virtud de ese contrato. Para comprender estos efectos, los autores ingleses distinguen entre obligaciones vencidas y no vencidas y además, si se tratan de obligaciones del contratante incum-

³⁹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 73–74.

⁴⁰ En este sentido, expresa CLAVERÍA GOSÁLBEZ, lo siguiente: “La *performance* puede consistir, como se dice en el núm. 3, no sólo en un acto o comportamiento, sino también en una *forbearance*, y en la creación, modificación o destrucción de una relación jurídica”. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998), p. 280. *Vid.* también: D. B. DOBBS, *Law of remedies. Damages-equity-restitution*, Eagan, Minnesota, Wets Publishing Co., second edition, 1993, pp. 1 y ss.; J. EDELMAN, “The meaning of «damages»: common law and equity”, en Andrew Robertson (edit.) *The law of obligations*, London, Editorial UCL Press, 2004, pp. 31 y ss.

⁴¹ Cfr.: C. PIZARRO WILSON, “Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno”, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2006, Disponible en www.fundacionfueyo.udp.cl, pp. 2–3.

⁴² Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), p. 132.

⁴³ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 133–137.

⁴⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 146.

plidor o del cumplidor. La resolución no afecta al contrato en sí mismo, sino que afecta a las prestaciones emanadas de éste. En general, las prestaciones vencidas se transforman en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.⁴⁵

15. (g) Para determinar si el cumplimiento del contratante que solicita la resolución, constituye o no un requisito de la acción resolutoria, hay que atender a si, en el momento de la opción, el actor estaba o no obligado a cumplir con su deber, constituyendo la regla general que el incumplimiento del acreedor, no obstante que éste pueda pedir la resolución de la relación jurídica, cuando no estaba obligado a cumplir con su prestación, de tal forma que, en este caso, el incumplimiento de la contraparte, dispensa o libera (*discharges*) al contratante de ejecutar su propia prestación.⁴⁶ Para el caso en que el acreedor vea retrasada la obtención de la resolución de la obligación (por renuncia o *waiver*, exclusión o *estoppel* o por retraso de la acción, conforme a las circunstancias), el sistema anglosajón contempla algunas facultades a favor del contratante diligente.⁴⁷ (i) En el caso de renuncia (*waiver*) o cuando el acreedor opta por exigir el cumplimiento forzado de la prestación (*affirm*), ésta tiene el carácter de irrevocable, no pudiendo el acreedor cambiar de opinión.⁴⁸ La renuncia debe reunir dos requisitos: (a) ser libre y espontánea, lo que supone que el acreedor tenga cabal conocimiento de los elementos fácticos que configuran el incumplimiento del deudor y de la existencia de esa facultad resolutoria. (b) La renuncia debe ser inequívoca, ya sea cuando opta por la resolución o por el cumplimiento de la prestación. Lo anterior supone la existencia de un acto inequívoco o una declaración (*an unequivocal act or statement*), en orden a solicitar el cumplimiento forzado de la deuda, abdicando a la acción resolutoria. Por lo anterior, si guarda silencio, entonces se entiende que desea solicitar el cumplimiento de la obligación, renunciando a la facultad resolutoria. Por último, se ha indicado que si el comprador recibe voluntariamente parte de los bienes que debía recibir, conociendo que son defectuosos, pero los acepta formulando protesta o reserva de sus derechos, se entiende que no renuncia a la acción resolutoria. Asimismo, en el caso de que el vendedor, después de pagar el precio respectivo, manifiesta su voluntad en orden a pedir una moratoria y también, cuando el comprador solicita una entrega completa (*full tender*), habiéndosele entregado sólo una parte de los bienes; en el caso de que el arrendador, expide una *negotiating document* dirigida al arrendatario que incumplió su obligación. Por último, también se entiende que no hay renuncia a la acción resolutoria, cuando el empleado continúa aceptando la remuneración, después que haya incumplido el empleador sus obligaciones.⁴⁹ Por el contrario, en ciertas hipótesis, la conducta del acreedor hace concluir claramente su voluntad en orden a renunciar a la acción resolutoria, *v. gr.*, cuando ejerce una acción de cumplimiento específico (*specific performance*);⁵⁰ o cuando, sabiendo del incumplimiento contractual, ejecuta un acto que supone

⁴⁵ *Cfr.*: RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), pp. 133–134.

⁴⁶ *Cfr.*: RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), p. 177.

⁴⁷ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO (1998), p. 194.

⁴⁸ En este sentido, para Mosco: “Según la opinión ampliamente difundida en Inglaterra y Alemania, para que tal manifestación pueda estimarse como presupuesto de la resolución, es preciso que el acreedor manifieste prontamente la voluntad de resolver. Por el contrario, si el acreedor insiste en reclamar el cumplimiento, o no decididéndose ni en un sentido ni en otro, deja transcurrir un plazo que pueda considerarse suficiente para manifestar la voluntad de resolución, entonces debe entenderse que ha optado por exigir el cumplimiento y renunciado a sacar provecho del comportamiento del deudor, continuando en tal caso, produciendo el contrato todos sus efectos, por lo que en primer lugar, el deudor podrá cumplir aunque sobrevenga la caducidad, y si el acreedor quiere instar la resolución, deberá apoyarse en un posterior incumplimiento; en segundo lugar, el deudor podrá sacar ventaja de cualquier circunstancia sobrevenida que le exonere de cumplir, especialmente si se produce a consecuencia de un caso fortuito”. L. Mosco, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Barcelona, Nereo, notas sobre legislación española por José Salamero Cardo, Capítulo V, 1962, p. 6.

⁴⁹ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 194–197.

⁵⁰ Con relación al “*specific performance*”, SAMUEL y RINKES señalan que: “*A mentality problem is also encountered when one turns from injunctions to the quite distinct –although often in substance similar– remedy of specific performance. In continental legal thought the idea that an order instructing a recalcitrant contractor specifically to perform his obligation under a contract is a excepcional (that is equitable) remedy appears odd. In European legal systems it is damages that are in theory the excepcional remedy. In truth there is much that is myth in the supposed difference. For example, most contractual claims in the English lower courts are for debt, which of course is a common law form of specific performance (cf Ch 4 § 5), and on the continent compensation for non-performance of a contractual obligation is more widespread than principle might suggest. At the same the existence of specific performance as an equitable remedy subject to its own rules and principles reveals much about English contract law (cf Ch 10). Failure to perform a contract is usually seen as a matter of breach of promise rather*

la subsistencia del negocio en cuestión.⁵¹ La renuncia a la acción resolutoria puede ser: (a) renuncia específica a la acción resolutoria, en este caso el acreedor puede deducir la acción por *damages* y la *specific performance*; (b) renuncia total (*total waiver*), en cuya virtud, el acreedor abdica de la acción resolutoria, a la acción de indemnización de daños y perjuicios y a la acción de cumplimiento específico.⁵² En el caso de que opere el *estoppel*,⁵³ es decir, cuando el acreedor con su conducta, induce al deudor a creer que ha renunciado a la acción resolutoria (ha *affirmed* el contrato). Por ello, y basándose en la apariencia de renuncia que tuvo el deudor, entonces el acreedor se verá impedido de renunciar a la acción resolutoria.⁵⁴ El *estoppel* requiere de apariencia (*representation of fact*) por parte del acreedor, la que debe ser inequívoca y generar en el deudor una razonable confianza (*reliance*)⁵⁵ y un perjuicio (*detriment*) en la persona y patrimonio del deudor.⁵⁶ Por último, hay que agregar que, en el evento de ejercer el *estoppel*, a diferencia de la pérdida de la acción resolutoria por *election* o *waiver*, no se requiere el conocimiento del acreedor en orden a que el deudor ha incumplido su deber.⁵⁷ También es posible que el acreedor pierda su derecho a ejercitar la acción resolutoria, cuando se produzca un retraso razonable (*unreasonable*) en la elección por parte del acreedor (pedir el cumplimiento o la resolución de la obligación), o cuando el no ejercicio de la acción resolutoria le cause algún daño o perjuicio al deudor, ya que, en principio, no se encuentra obligado a elegir de inmediato, (salvo que exista una cláusula contractual en este sentido o una disposición estatutaria).⁵⁸ Si el acreedor decide solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, pierde el derecho a pedir la resolución de la misma, salvo que se trate de un incumplimiento continuado (*continuing breach*), ya que, en este caso, se entiende que el deudor se ha obligado a mantener una determinada situación (v. gr., mantener los jardines de un colegio), y, por tanto, si el deudor incumple con su obligación, y el acreedor renuncia a pedir la resolución de la obligación, posteriormente podrá ejercerla porque se entiende que la obligación de mantenimiento de los jardines se renueva día a día. Distinto es el caso del *once and for all breach*, pues aquí verificada la renuncia de la acción resolutoria por parte del acreedor, ya no puede en el futuro pedir la resolución de la obligación.⁵⁹ Cabe hacer presente que, frente a un incumplimiento parcial o defectuoso,⁶⁰ es posible que el acreedor ejerza la acción resolutoria, aun cuando dicha parcialidad o

than non-performance of an obligation and as a result the emphasis tends to be on the damage as much as on the contractual relationship itself. Thus, only where damages are an inadequate remedy will specific performance be granted in equity". SAMUEL y RINKES (1996), p. 117. *Vid.* también: G. SAMUEL, *Sourcebook on obligations & legal remedies*, London, Cavendish, second edition, 2000, pp. 249 y ss.; WHITTAKER (2006), p. 57.

⁵¹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 194–197.

⁵² Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 198.

⁵³ En este sentido, SAMUEL y RINKES señalan que: "Estoppel is a doctrine whereby a person (the representor) may be prevented by his statement or conduct from asserting or denying certain facts if the statement or conduct might cause loss to another (the representee) who has relied upon it. It is an equitable ground of relief that in some ways resembles the exception defence of Roman law whereby a plaintiff was prevented from continuing with an action by a procedural bar inserted by the magistrate. As such it is in principle available only as a defence (it is a shield not a sword) and cannot in theory create new substantive obligations. In practice, however, it can indirectly create not only *iura in personam* but *iura in rem* –for example, it can create a «servitude»— and, despite its procedural nature, it is a particularly useful doctrine in that its whole purpose can be to prevent a person from unreasonably exercising rights at common law [...]" SAMUEL y RINKES (1996), p. 108.

⁵⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 199.

⁵⁵ En el Reino Unido, se habla del "the reliance model". Cfr.: COLINS (2003), p. 214. Este autor señala que: "The alternative legal analysis of these undertakings given during the bargaining process consists of an application of the doctrine of estoppel as in the cases examined under the reliance model such as *Crabb v Arun District Council*. In that case, as a result of the defendant's oral undertaking that the claimant would be granted a right of access to a road, the claimant sold a portion of his land leaving the remainder inaccessible without the point of access. Subsequently negotiations for the legal conveyance of the right of access broke down, so no formal contract was concluded. Nevertheless, the defendant was held to be bound by the oral undertaking, which had been supplemented by conduct, all of which induced the claimant to act to this detriment. The claimant's remedy was conceived as one to remedy the injustice which he had suffered, which in this case could only be achieved by granting him the right of access". COLINS (2003), p. 214.

⁵⁶ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 199.

⁵⁷ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 200.

⁵⁸ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 201.

⁵⁹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 213–214.

⁶⁰ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO expresa lo siguiente: "[El cumplimiento parcial, defectuoso o no conforme es suficiente para legitimar la resolución del contrato] cuando el contenido de la prestación realizada –la ejecución parcial, el hacer defectuoso, o el dar cosa no conforme– reviste importancia cuantitativa suficiente para privar a la contraparte de lo que

defecto se tendrá en cuenta a la hora de determinar si el incumplimiento es de la suficiente entidad,⁶¹ para justificar la resolución total o parcial de la obligación.⁶² Con relación al incumplimiento parcial se debe hacer presente lo siguiente: (a) el acreedor no podrá ejercer la resolución, cuando voluntariamente haya aceptado el cumplimiento parcial ejecutado por el deudor (*voluntary acceptance of benefit*); (b) cuando el acreedor haya pedido la repetición de lo dado o entregado, no pudiendo repetir lo que haya recibido de parte del deudor, en este caso, no puede solicitar la resolución de la obligación; (c) cuando las normas estatutarias impidan al acreedor el ejercicio de la acción de resolución, *v. gr.*, la *Sale of Goods Act* de 1979, que dispone que cuando el acreedor haya recibido mercaderías en virtud de un contrato *not severable*, el incumplimiento de parte del vendedor, se considera como un incumplimiento a una *warranty* y no como causa para declarar la resolución de la obligación.⁶³

16. Por otra parte, en el Derecho anglosajón, se distingue entre la falta de cumplimiento (*failure of performance*) y el incumplimiento o violación del contrato (*breach of contract*). Entre ambos conceptos existe una relación de género a especie, siendo el género la falta de cumplimiento y la especie el incumplimiento. Lo anterior por cuanto todo incumplimiento constituye una falta de cumplimiento, pero no toda falta de cumplimiento equivale a un incumplimiento, porque existen ciertos casos (*lawful excuses*), en que el deudor (no obstante existir un incumplimiento), se exonera de los efectos propios de la acción resolutoria: (a) la teoría de la *frustration*;⁶⁴ (b) la interpretación del negocio, cuando el juez, apartándose del tenor literal de las cláusulas contractuales, limita la responsabilidad del deudor; (c) cuando existe un pacto implícito; (d) la existencia de una exclusión o *exemption clause*; (e) cuando estamos frente a una norma estatutaria, *v. gr.*, la *Carriage of Goods by Sea Act* de 1971, en su Secc. Tercera dispone que, no se entiende implícita en los contratos de transporte marítimo de mercaderías, la obligación del transportista de mantener en buen estado el barco para la navegación (*seaworthy ship*) con un carácter absoluto (*absolute undertaking*), sino que debe actuar con la debida diligencia (*due diligence*), para mantener el navío en buen estado. Por último, hay que señalar que, en estos casos, puede existir resolución de la obligación aun cuando no haya incumplimiento, porque se ha verificado una *substantial failure of performance* (falta substancial de cumplimiento).⁶⁵

legítimamente podía esperar, o cuando cualitativamente es inhábil (*aliud pro alio*) para la finalidad que se contrató, impidiendo obtener la utilidad perseguida". R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (direct.), *Comentarios al Código civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, T. VI, arts. 1043 a 1264, 2003, p. 8220.

⁶¹ En este sentido, señala CLEMENTE MEORO lo siguiente: "Tampoco en el Derecho inglés cualquier incumplimiento da lugar a la resolución, sino que para ello ha de tener cierta entidad. A tal efecto, el *common law* distingue entre dos tipos de pactos contractuales, *conditions* y *warranties*, de manera que el incumplimiento de los primeros, pero no el de los segundos, faculta para resolver. En consecuencia, comenzaremos precisando las bases de esta distinción. (i) El punto de partida: la distinción entre *conditions* y *warranties*. La palabra *condition* tiene en el Derecho inglés distintos significados, alguno de los cuales ya hemos visto. Pues bien, a efectos de resolución *condition* es aquel pacto (*term*) cuyo incumplimiento por el deudor legitima al acreedor para resolver la relación obligatoria; por el contrario, si el pacto pertenece a la categoría de las *warranties*, su incumplimiento no permite resolver, sino sólo reclamar *damages*. [...] (ii) *Intermediate terms*. La distinción entre *conditions* y *warranties* no tiene en cuenta que el incumplimiento de un pacto esencial puede dar lugar a consecuencias irrelevantes y que el incumplimiento de un pacto *a priori* no esencial puede producir graves consecuencias para el acreedor. Además, la creciente complejidad de las relaciones contractuales dificulta extraordinariamente la calificación de un pacto simplemente como *condition* o *warranty*. Con el propósito de solventar estas dificultades surge el concepto de *intermediate* o *innominate term*, esto es, de aquel pacto que no es ni *condition* ni *warranty* y cuyo incumplimiento faculta para resolver sólo si es *sufficiently serious*. Por tanto, se trata de *terms* que pueden ser incumplidos de distintas maneras y con distinto alcance. Sólo cuando su incumplimiento suponga graves consecuencias para el acreedor, éste se encontrará facultado para resolver. En los demás casos, sólo podrá reclamar *damages*. Se diferencian de las *conditions* en que su incumplimiento no siempre faculta para resolver; y de las *warranties* en que, prima facie, el *remedy* del acreedor no se ve limitado a la indemnización por daños y perjuicios". CLEMENTE MEORO (1998), pp. 260–262.

⁶² *Cfr.*: CLEMENTE MEORO (1998), p. 226.

⁶³ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 213–214.

⁶⁴ Con relación a la noción de frustración en el Derecho inglés, la tesis de la imposibilidad, que arranca en el Derecho romano (que sólo la aplicaba para las obligaciones de dar), se desarrolla en la pandestística alemana del siglo XIX. En este sentido, MOMMSEN habla de "imposibilidad de cumplimiento" ("*non impletat quia non potest*"). De ahí pasa al § 275 del *BGB*, aplicándose también a las obligaciones de hacer y es recogida por el Derecho escocés. *Cfr.*: S. SÁNCHEZ LORENZO, "La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XX, 2005, p. 47.

⁶⁵ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 238–214.

17. (h) Para la doctrina tradicional inglesa, toda vez que se incumplía una obligación accesoria, el contratante cumplidor estaba provisto del remedio de la resolución.⁶⁶

18. (i) Cuando ambos contratantes incumplen su obligación, cada parte puede pedir la resolución de la obligación.⁶⁷

19. (j) A partir del año 2000, los tribunales británicos se han inclinado a conceder una indemnización de perjuicios para reparar los daños no patrimoniales o morales.⁶⁸

V. Algunas conclusiones

20. La primera cuestión que merece ser destacada es la existencia de un cierto acercamiento, en lo que se refiere a los fundamentos del derecho de opción del acreedor y a la forma en que éste puede desplegar sus efectos, entre los sistemas jurídicos anglosajón y europeo continental. Principios como la frustración de las expectativas e intereses de los contratantes, la teoría de la presuposición, la base del negocio jurídico, entre otros, aparecen como vigas estructurales que tangencialmente tienen aplicación en todos esos ordenamientos jurídicos, marcando el camino, quizás, hacia la armonización y unificación del Derecho europeo de las obligaciones. El contacto entre el Derecho anglosajón y el sistema continental se plasma, *v. gr.*, en la posibilidad de ejercer unilateralmente la resolución judicial, incluso en Francia, en donde ésta no se encuentra regulada. Ahora bien, la pregunta que surge es como estas nuevas instituciones (provenientes del *common law*) podrían ser recepcionadas en el Derecho francés de las obligaciones, toda vez que en éste, existe una clara tensión entre los autores “causalistas”, que se apoyan en las nociones de justicia y equidad, afincadas desde el Derecho romano y los autores que abogan por la incorporación de nuevas instituciones, provenientes del sistema anglosajón, inspiradas en variables de carácter económico y en el principio de la eficiencia.

21. Creo que el Derecho europeo podría ser modernizado, sin renunciar a sus postulados fundamentales. Tal como lo ha hecho el Derecho italiano, que ha incorporado varias instituciones modernas de distintos sistemas jurídicos y las ha ajustado a su propia idiosincrasia e intereses.

22. Por último, en Chile la doctrina y la jurisprudencia debiesen tener presente algunas de las instituciones creadas por el *common law*, como, *v. gr.*, la mitigación del daño y la institución del *estoppel*.

⁶⁶ *Cfr.*: Mosco (1962), pp. 55–56. En contra se ha pronunciado la doctrina alemana, pues, en general, los autores germanos sólo establecían que el contrato debía resolverse, cuando las partes quisieron otorgarle a la obligación accesoria, una cierta significación. *Cfr.*: Mosco (1962), pp. 55–56.

⁶⁷ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO (1998), p. 184.

⁶⁸ *Cfr.*: RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), p. 137.

LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL*

THE INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS ACT

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT**

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide*

Recibido: 04.02.2016 / Aceptado: 08.02.2016

Resumen: La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, se promulga para superar históricos defectos técnicos del sistema español de Derecho internacional privado y para incorporar soluciones novedosas con las que afrontar adecuadamente la complejidad del tráfico jurídico externo. Siendo sus principales caracteres generales la naturaleza subsidiaria respecto de otras fuentes del sistema y la promoción de la cooperación internacional, en el presente trabajo se analizan en sentido crítico además las más relevantes cuestiones específicas derivadas de la nueva Ley.

Palabras clave: cooperación internacional, subsidiariedad, documentos judiciales y extrajudiciales, asistencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

Abstract: The 29/2015 of 30th July Act concerning the international legal cooperation in civil matters has been enacted to overcome historical technical defects of the Spanish Private International Law system and to incorporate advanced solutions in order to face satisfactorily the complexity of international situations. Subsidiarity regarding other sources and promotion of international cooperation are its main general features. Besides that, in this work the most important specific issues arising from the new Act are also critically analyzed.

Keywords: international cooperation, subsidiarity, judicial and non judicial documents, international judicial assistance, recognition and enforcement of foreign decisions.

Sumario: I. Introducción. II. Carácter generales de la LCJIMC. 1. Concepto amplio de cooperación jurídica internacional. 2. Carácter subsidiario respecto de otras fuentes del sistema. 3. Promoción de la cooperación internacional. 4. Favorecimiento y generalización de las comunicaciones judiciales directas. III. Cuestiones específicas derivadas de la LCJIMC. 1. Régimen general de la cooperación jurídica internacional. 2. Actos de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales. A) Documentos judiciales. B) Documentos extrajudiciales. 3. Práctica y obtención de pruebas. 4. Prueba e información del Derecho extranjero. 5. Litispendencia y conexidad internacionales. 6. Eficacia en España de decisiones y actos extranjeros. A) Disposiciones generales. B) Reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. C) Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. D) Procedimiento judicial de exequátor. E) Documentos públicos extranjeros. F) Inscripción en los registros públicos. 7. Disposiciones complementarias de la LCJIMC.

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i DER2014-58581-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad.

** orcid.org/0000-0002-3361-0556

I. Introducción

1. El incremento del tráfico jurídico externo es una realidad creciente e innegable para España. A fin de abordarlo técnicamente, los mecanismos de fuente interna de que dispone nuestro sistema de Derecho internacional privado resultan en gran medida heterogéneos, inadecuados y desfasados. Atento a ello, el legislador dispuso, con ocasión de la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo LEC), la necesidad de que el Gobierno presentara en las Cortes Generales en el plazo de seis meses un proyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil¹. Tras alguna iniciativa, esencialmente de orden doctrinal², fue catorce años después cuando un grupo de expertos creado por el Ministerio de Justicia con la participación de todas las instituciones públicas implicadas elaboró una propuesta de borrador de anteproyecto que desembocó finalmente en la promulgación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en lo sucesivo LCJIMC), en vigor desde el 20 de agosto de 2015³. Se trata de una Ley que nace -en palabras de su preámbulo- con el ánimo de aportar seguridad jurídica y certidumbre añadida a este sector.

2. La finalidad de este trabajo será analizar en perspectiva crítica tanto los caracteres generales que informan la nueva Ley como algunos aspectos específicos de mayor relieve, planteamiento al que obedece asimismo la estructura del presente opúsculo.

II. Caracteres generales de la LCJIMC

1. Concepto amplio de cooperación jurídica internacional

3. La Ley acoge un concepto amplio de cooperación jurídica internacional según se aprecia en un triple plano.

¹ En realidad, la necesidad de una ley de esta índole se puso ya de manifiesto desde la promulgación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). En 1997 se elaboró un primer anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil que, aunque dictaminado por el Consejo de Estado el 4 de diciembre de dicho año, no continuó tramitándose.

² Se trata de sendos textos elaborados en el Área de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid en 2001 y 2012; este último, rubricado “Una propuesta de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, obra de M. VIRGÓS SORIANO; I. HEREDIA CERVANTES; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ; y J.M. DÍAZ FRAILE, fue publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2143, junio de 2012, y puede consultarse en <http://web.ua.es/es/fedip/documentos/texto-bimj-propuesta-20ley-20cooperacion-20juridica-20internacional.pdf>, pp. 1-47. Sobre ello véanse asimismo I. HEREDIA CERVANTES y E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28 (2013), pp. 91-106.

³ BOE nº 182, de 31 de julio de 2015. El texto del anteproyecto de Ley aprobado por el Gobierno el 4 de julio de 2014 puede verse en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427070261?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderrname1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_Coop_Jur%C3%ADdica_Internal_Texto.pdf&blobheadervalue2=1288788905837; sobre él puede consultarse el Dictamen del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2015 (<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-236>) como el Informe del Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo CGPJ) de 30 de septiembre de 2014 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-civil>). Emitieron asimismo sendos Informes sobre el anteproyecto el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (29 de julio de 2014), el Consejo Fiscal (20 de septiembre de 2014), el Consejo General de Procuradores de España (18 de noviembre de 2014), el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (18 de noviembre de 2014), el Colegio de Abogados de Madrid (25 de noviembre de 2014) y el Consejo General del Notariado (3 de diciembre de 2014).

Unos primerísimos comentarios acerca de la Ley pueden verse en algunos blogs, como los de L. CARBALLO PIÑERO, “España: la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil” (<https://cartasblogatorias.com/2015/11/26/1003/>); de F. GARAU SOBRINO (<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/07/boe-de-3172015.html>); y de P. DE MIGUEL ASENSIO (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/08/comentario-la-ley-292015-de-cooperacion.html>). Asimismo cabe acudir a los trabajos de E. ARROYO, “Primera Ley española de Cooperación Jurídica Internacional Civil”, *Escritura Pública*, nº 94 (julio-agosto de 2015), pp. 28-31, http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-142510.pdf; de L. BONILLO GARRIDO, “Comentarios relativos al Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional”, *Diario La Ley*, nº 8486 (23 de febrero de 2015); y de M.C. VAQUERO LÓPEZ, “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015, pp. 197-222, esp. 216-221.

4. 1º En lo que concierne a la finalidad de la norma, la misma es entendida *lato sensu* pues pretende disciplinar no sólo los sectores tradicionalmente incluidos en la cooperación jurídica internacional (tal cual se han venido regulando, por ejemplo, en la LEC o en la LOPJ)⁴, sino que va más allá. Así, la LCJIMC aborda materias como la litispendencia y la conexidad internacionales, el reconocimiento y ejecución de sentencias o la información y prueba del Derecho extranjero, según tendremos ocasión de estudiar.

5. 2º En lo que atañe al elemento subjetivo de la cooperación, las autoridades, la Ley parte asimismo de una visión amplia por cuanto supera la perspectiva únicamente judicial de las mismas para plausiblemente abarcar también la cooperación de autoridades de otra naturaleza, como es el caso de los notarios y de los registradores⁵. Así lo acredita la propia rúbrica de la Ley que hace referencia al carácter *jurídico* de la cooperación internacional en lugar de a la naturaleza *judicial* de la misma, adjetivo que empero utiliza el artículo 177 de la LEC⁶.

6. 3º Por fin, en lo que se refiere a su ámbito substantivo de aplicación, pese a que la Ley se predica respecto de la materia civil en realidad abarca el Derecho privado *in genere*, esto es, el civil, el mercantil y el laboral (así lo acredita, respecto de esto último, el artículo 1.2 que expresamente alude a los contratos de trabajo)⁷. Ello con independencia de la naturaleza de la autoridad -judicial o no- que conozca del asunto de que se trate (*supra*).

7. No obstante lo anterior, por razones de política legislativa la LCJIMC proscribe *ex professo* de su reglamentación cuestiones como la regulación de actos de cooperación para facilitar la presentación de demandas, los procesos concursales extranjeros, la asistencia jurídica gratuita internacional, las solicitudes de obtención de alimentos, la tutela cautelar en sentido amplio o la sustracción internacional de menores. Materias que tienen un mejor encaje en normativa legal específica y especializada (sin perjuicio de que se pueda aplicar esta Ley a tales sectores con carácter subsidiario, según se apreciará en el punto siguiente)⁸.

2. Carácter subsidiario respecto de otras fuentes del sistema.

8. En la globalidad del sistema español de Derecho internacional privado, integrado por textos de orden supraestatal y de naturaleza estatal, la LCJIMC goza de un carácter subsidiario (artículo 2) por cuanto sería únicamente de aplicación a aquellos supuestos que no resultasen regulados bien por un instrumento de fuente supraestatal (convencional o emanado de la UE), bien por otras normas de origen

⁴ El artículo 5 los concreta en particular en los actos de comunicación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales (tales como notificaciones, citaciones y requerimientos), así como en las comisiones rogatorias que tengan por objeto los actos relativos a la obtención y práctica de pruebas.

⁵ El preámbulo de la Ley señala que la cooperación jurídica internacional debe abordar también el ámbito extrajudicial en cuanto representa la normalidad de las relaciones jurídicas económicas y familiares.

⁶ Este precepto, que no ha sido objeto de modificación por la Ley 42/2015, de 5 de octubre (*BOE* nº 239, de 6 de octubre), pierde sustantividad por cuanto alude, como fuentes para disciplinar los despachos para la práctica de las actuaciones judiciales de las autoridades españolas en el extranjero y de las foráneas en España (esto es, la cooperación tanto activa como pasiva), a los instrumentos supraestatales y a la legislación interna que resulte aplicable que es, desde el 20 de agosto de 2015, la LCJIMC. Según indica el preámbulo de ésta, el vigente régimen común interno de la cooperación jurídica internacional viene dado por el citado artículo 177; por los artículos 276 a 278 de la LOPJ (modificados por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), cuya no derogación tras la promulgación de la LCJIMC critica M.C. VÁQUERO LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 217 y 219); y por las previsiones del capítulo II del título IV del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del CGPJ, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (artículos 74 al 80) publicado en el *BOE* nº 231, de 27 de septiembre de 2005.

⁷ A fin de resolver la duda exegética surgida de la difusa calificación como penal o como civil de la responsabilidad civil derivada de delito, la LCJIMC deliberadamente alude a su inclusión en su ámbito substantivo de aplicación.

⁸ Junto a la exclusión de estas materias tradicionalmente consideradas adscritas al Derecho internacional privado, el preámbulo de la LCJIMC hace lo propio con otra cercana al Derecho internacional público: queda fuera de ella la regulación de las funciones auxiliares a la Administración de Justicia de los funcionarios diplomáticos y consulares de carrera o de otras personas legalmente autorizadas. No obstante ello se ha aprovechado esta norma para aclarar las competencias de los funcionarios y las condiciones del ejercicio de tales competencias, tanto por funcionarios españoles en el extranjero como por agentes extranjeros en España (*infra*), si bien el carácter básico y su marco general permiten remitir a una legislación especial y más detallada estos aspectos.

interno de naturaleza especial⁹. En todas ellas se contienen soluciones *ad hoc* en la materia que responden al principio de especialidad en los respectivos ámbitos abordados¹⁰.

9. Pretende plausiblemente el legislador con este carácter aportar seguridad jurídica y certidumbre a un sistema que, como se ha avanzado, adolece en buena medida de heterogeneidad y complejidad para el aplicador del Derecho y, no digamos, para el justiciable¹¹. En efecto, las autoridades disponen a partir de ahora de un texto legal que pretende evitar el vacío normativo tan frecuente en este ámbito y que goza de una naturaleza transversal respecto de todo el sistema. Un texto que, en palabras del citado autor, deviene una suerte de “legislación marco general de aplicación supletoria respecto de las normas especiales”¹²; en otros términos, la LCJIMC vendría a desempeñar técnicamente en parte en nuestro sistema el papel que representan en otros países sus leyes de Derecho internacional privado de carácter estatal¹³.

3. Promoción de la cooperación internacional

10. Mediante el *favor cooperationis*, que probablemente constituya la más resaltante característica del espíritu de la Ley, se pretende que desde la perspectiva unilateral española nuestras autoridades se abran a la cooperación -tanto activa como pasiva- adoptando en consecuencia una mirada abierta, de colaboración, hacia el resto de países ante el innegable desarrollo del tráfico jurídico externo al que se ha aludido al principio de estas líneas¹⁴. Este carácter se fundamenta en cuatro aspectos, extraídos del artículo 3 de la LCJIMC (que significativamente lleva por rúbrica “Principio general favorable de cooperación”).

⁹ Señala oportunamente P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*) que, en la medida en que en el seno de la Unión no se ha prestado especial atención a la elaboración de normas sobre cooperación jurídica internacional con terceros Estados ni de reconocimiento y ejecución de resoluciones procedentes de terceros Estados, en tales situaciones continúa normalmente siendo aplicable en esos sectores la legislación interna de cada Estado miembro; al tiempo que se ha impuesto una interpretación de las competencias externas de la UE según la cual los Estados miembros han quedado privados en gran medida de competencia para concluir convenios con terceros Estados, lo que excluye que los Estados miembros puedan concluir nuevos tratados en la mayoría de estos ámbitos.

¹⁰ La disposición adicional primera de la LCJIMC establece con carácter no exhaustivo cuáles son tales normas: Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (artículos 199 a 230); Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (artículos 25 a 31); Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (artículos 94 a 100), en adelante LRC; texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (artículo 67, apartado 1º); Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (artículo 46); Ley y Reglamento Hipotecarios, así como del Código de Comercio y del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (normas respectivas reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en la LCJIMC); y Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, en lo sucesivo LJV (normas de Derecho internacional privado contenidas en ellas).

¹¹ El citado Informe del CGPJ (p. 7) llega a afirmar que la iniciativa de la nueva Ley “obedece a una necesidad imperiosa, pues la falta de un entramado legislativo adecuado impide a jueces y tribunales enfrentarse a los cada vez más numerosos y complejos asuntos internacionales que se les plantean con la seguridad y eficacia que requiere la prestación de un servicio público esencial como el de la Administración de justicia”.

¹² P. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.* En parecidos términos se ha pronunciado el citado Dictamen del Consejo de Estado, que considera que la elaboración de un texto único constituye la mejor opción ya que “se configura como instrumento marco que facilita el conocimiento y la aplicación de la normativa existente en este ámbito”, añadiendo que este texto goza de “una cierta vocación general, de modo que las autoridades españolas podrán eventualmente recurrir a sus preceptos como apoyo para la aplicación de las normas supranacionales, cuando resulte necesario y siempre que aquéllos no sean contradictorios con lo establecido en éstas”.

¹³ Sobre esta cuestión véase J.J. FORNER DELAYGUA, “El papel de una ley de cooperación jurídica internacional en materia civil en la aplicación de los Reglamentos comunitarios”, en C. ESPUGUES MOTA, C. (coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 219-234, esp. pp. 221-222, y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000, nº 2, pp. 351-370, esp. pp. 364 ss.

¹⁴ El preámbulo de la Ley indica que se asume así “la obligación general de cooperación que emana del Derecho internacional general”. Sobre su proyección en el Derecho internacional privado véanse entre nosotros M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La cooperación internacional como objetivo del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1991, pp. 171-225; *id.*, “La cooperación internacional en Derecho internacional privado”, en *La cooperación internacional*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, pp. 221-245; y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional”, en *Cooperación jurídica internacional*, monográfico nº 5 de la Colección de la Escuela Diplomática, Madrid, 2001, pp. 61-68.

11. 1º Mandato a las autoridades españolas de cooperar con las autoridades extranjeras en las materias objeto de la Ley (apartado 1 del citado precepto): la voluntad del legislador se plasma así de un modo rotundo, inequívoco y se proyecta claramente como criterio exegético y aplicativo de la norma¹⁵.

12. 2º Sustitución de la reciprocidad por la cooperación: dispone de entrada el apartado 2 del artículo 3 de la Ley la no exigencia de reciprocidad como condición de aplicación de la misma, lo que reafuerza lo que se acaba de exponer en el punto precedente¹⁶. No obstante, en el caso en que las autoridades de un Estado denegaran reiteradamente la cooperación con las españolas o dispusiesen de un mandato legal de no prestarla, el Gobierno español podría, mediante real decreto, establecer que nuestras autoridades no cooperasen con las de dicho Estado¹⁷.

13. Con este planteamiento las autoridades españolas -en particular, la autoridad central- no deberán ofrecer en lo sucesivo reciprocidad a las foráneas sino cooperación, por considerarse aquél un concepto superado de las relaciones internacionales; y caso de darse alguno de los supuestos indicados -reiterada denegación de cooperación o mandato legal de no prestarla- ello será valorado por el Gobierno a los efectos expuestos.

14. 3º Obligación de tutelar los intereses de los particulares: con la promulgación de la presente Ley se produce otro cambio de relieve por cuya virtud el centro de interés de la cooperación deja de ser el de los Estados para serlo en adelante el de los particulares. Es ello lo que explica lo recién expuesto: se pretende con la LCJIMC primar “los intereses de la ciudadanos en ver asegurados y protegidos sus derechos (...) con independencia de la actitud más o menos colaborativa de determinados Estados” (preámbulo de la Ley). De modo explícito el apartado 3 del reiterado artículo 3 dispone que en su interpretación y aplicación se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

15. 4º Celeridad en la práctica de la cooperación jurídica internacional: como corolario de este epígrafe, el apartado 4 del citado artículo establece sin excepción que las solicitudes de cooperación jurídica internacional se lleven a cabo y ejecuten sin dilación (en ello incide asimismo el artículo 13, *infra*), además de conforme a los principios de flexibilidad (se entiende que teniendo en consideración las circunstancias de cada supuesto) y coordinación (se supone que con las autoridades extranjeras y con el resto de las españolas).

4. Favorecimiento y generalización de las comunicaciones judiciales directas

16. Consciente de la eficacia de este mecanismo, el legislador lo incorpora en la Ley con carácter general y lo convierte en norma habilitante para nuestras autoridades, teniendo en cuenta que tal técnica ya se contiene en algunos instrumentos supraestatales en los que España es parte (en el ámbito del Derecho de familia en general y de la responsabilidad parental en particular¹⁸). La configuración de este mecanismo atiende a las siguientes peculiaridades (artículo 4).

¹⁵ Dicho mandato se contiene asimismo en el citado artículo 277 de la LOPJ.

¹⁶ En esta misma línea la referencia a la reciprocidad ha desaparecido del artículo 278 de la LOPJ tras su última reforma de 2015.

¹⁷ Si bien esta regla puede parecer una contradicción con la más general del deber de cooperación sin exigencia de reciprocidad, acaso se halle justificada con la idea de evitar a las autoridades españolas un esfuerzo material de seguir cooperando con las de aquellos Estados que en absoluto lo hagan con el nuestro. El Consejo de Estado, en su citado Dictamen sobre el anteproyecto, considera acertada esta regla, “en la medida en que permite una mayor flexibilidad en la respuesta del Estado y un más adecuado equilibrio entre la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y el respeto a los principios básicos que rigen las relaciones internacionales”.

¹⁸ Señala el preámbulo de la Ley que se trata del caso de los artículos 11.6, 11.7 y 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y de los artículos 8, 9 y 31 del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsa-

17. 1º Desde la perspectiva objetiva se entiende por comunicación judicial directa aquella que tiene lugar entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros sin intermediación alguna. Nada se indica en la LCJIMC acerca de los medios para establecerla, por lo que queda abierta cualquier posibilidad que quepa en este sentido -oral o escrita-, sin ignorar el uso de los medios electrónicos (véase el artículo 17, *infra*).

18. 2º Desde la óptica subjetiva la posibilidad de uso de esta técnica se extiende a todos los órganos jurisdiccionales españoles sin excepción, lo que da una muestra del calado de la medida adoptada con este precepto.

19. 3º Desde un ángulo técnico son varias las limitaciones a que se somete la utilización de este posibilidad de cooperación, a saber: a) las comunicaciones no pueden afectar ni comprometer la independencia de los órganos judiciales involucrados; b) tampoco puede menoscabar los derechos de defensa de las partes (lo que exige transparencia y comunicación de tales órganos con éstas); y c) se ha de respetar en todo caso la legislación en vigor tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido.

III. Cuestiones específicas derivadas de la LCJIMC

20. Expuestos los caracteres generales que informan la nueva Ley, estudiaremos seguidamente algunos aspectos de mayor relieve que se derivan del contenido de la misma.

1. Régimen general de la cooperación jurídica internacional

21. Se contiene en el título I (artículos 5 a 32), el más extenso de la norma, refiriéndose su capítulo I (artículos 5 a 19) a cuestiones varias de entre las que destacamos las que siguen.

22. 1ª Se designa al Ministerio de Justicia como autoridad central española (artículo 7), concretándose en el artículo 8 sus competencias *ad extra* y *ad intra*, unas de orden más teórico y otras de contenido más específico¹⁹. Con estos preceptos se colma un inveterado vacío en nuestro sistema de Derecho internacional privado derivado de la ausencia en España de un régimen legal común en este sector que resultase un medio efectivo para facilitar la tarea a los órganos jurisdiccionales en su función de administrar justicia. Con tales preceptos se pretende favorecer, en definitiva, la efectividad en el plano internacional de la tutela judicial efectiva.

23. 2ª Se abordan en el artículo 9 los mecanismos de transmisión de solicitudes: a) la vía consular o diplomática; b) a través de las respectivas autoridades centrales; c) directamente entre los órganos jurisdiccionales (*supra*); y d) por conducto notarial (siendo una novedad de relieve la integración *ex professo* del notariado a esta Ley, lo que reitera la plausible voluntad del legislador de incorporar a tan relevante figura en el tráfico jurídico externo en una norma de espíritu omnicomprensivo, *supra*)²⁰.

bilidad parental y de medidas de protección de los niños. Continúa señalando el preámbulo que la actualidad de la materia se manifiesta en la publicación por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado de la Guía Emergente respecto al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y Principios generales para las comunicaciones judiciales, incluidas las salvaguardas comúnmente aceptadas en casos específicos, dentro del contexto de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya cuya última versión, de 2013, puede consultarse en inglés en https://assets.hcch.net/upload/brochure_djc_en.pdf.

¹⁹ La concentración de la autoridad en el Ministerio de Justicia (normalmente en la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional) pretende ser una respuesta útil “a la complejidad técnica actual inherente a esta materia” según el preámbulo de la Ley, como ya se hiciera por ejemplo, por razones similares, con la Oficina Central del Registro, como autoridad española encargada en materia de cooperación internacional respecto de todas aquellas materias sometidas a la LRC de 2011.

²⁰ Este precepto ha de ser completado con lo dispuesto en el artículo 12 (“Tramitación”), que adolece de una redacción asistemática y, en buena medida, reiterativa; de él es preciso destacar que la transmisión de las solicitudes de cooperación jurídica internacional podrá realizarse técnicamente por cualquier medio que garantice la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones (incluyendo los electrónicos *ex artículo 17*), así como que los documentos son auténticos y legibles; y que, una

24. Ahora bien, la utilización de estos mecanismos se somete a un doble condicionamiento. Por un lado, con carácter general, los citados mecanismos han de estar previstos en los ordenamientos de ambos Estados concernidos (España y el país extranjero en cuestión). Por otro lado, en lo que concierne al novedoso del conducto notarial, la naturaleza del acto de cooperación de que se trate ha de ser compatible con el propio conducto; dicho de otro modo, este mecanismo ha de ser utilizado, en cuanto a lo subjetivo, por autoridades notariales y, en cuanto a lo material, para actos notariales (salvo que se admitiera tanto en el ordenamiento español como en el del otro país concernido la transmisión por conducto notarial de un acto jurisdiccional o administrativo en materia de Derecho privado).

25. Cualquiera que fuere el mecanismo de transmisión que se utilizase, el contenido y los requisitos mínimos de las solicitudes de cooperación se detallan en el artículo 10, extremos que han de ser verificados por la autoridad central española y que serían exigibles a las solicitudes cursadas tanto por autoridades extranjeras destinadas a las españolas como viceversa; así lo atestigua el apartado 2º *in fine* de dicha norma al disponer que “(c)uando la solicitud no reúna tales requisitos se devolverá a la autoridad requirente, indicando los motivos concretos de la devolución”. Esta interpretación se refuerza, por una parte, teniendo presente que la autoridad central española ha de comprobar asimismo el idioma de las solicitudes de cooperación jurídica internacional, se trate de las dirigidas a las autoridades ora españolas, ora extranjeras (artículo 11); y, por otra parte, por lo dispuesto en el artículo 14.1.c) en sede de denegación de cooperación jurídica internacional, que acredita la relevancia del artículo 10 (*infra*)²¹.

26. 3º La ejecución en España de las solicitudes de cooperación jurídica internacional se someterá a las normas procesales españolas en tanto que *lex fori* (artículo 13, que reitera que lo serán sin dilación). Excepcionalmente y a solicitud de la autoridad extranjera del Estado requirente podrían aceptarse formalidades o procedimientos especiales previstos en el ordenamiento de tal Estado, si ello fuese compatible con nuestro ordenamiento y resultase materialmente practicable.

27. Desde una lógica inversa, la realización de diligencias procesales en el extranjero a instancia de las autoridades españolas se somete a la *lex fori* del Estado en cuestión. No obstante ello, la LCJIMC prevé dos posibles supuestos de intervención en éste de autoridades españolas siempre que, como requisito general *sine qua non*, a ello no se oponga la legislación del Estado receptor²².

28. a) En el primer caso nos referimos a los funcionarios diplomáticos y consulares españoles acreditados en el extranjero (artículo 15), que podrían ejecutar tales diligencias siempre que se cumplieran, además, las siguientes condiciones complementarias: que la ejecución de la diligencia no implicase coacción (entendiéndose por tal el uso de la fuerza, que es atributo exclusivo del poder local o territorial); que el Derecho español no requiriera de modo inexcusable la presencia de autoridad judicial; y que tal ejecución se llevase a cabo en la demarcación consular correspondiente²³. De concurrir todos los requisitos expuestos, la autoridad judicial española elevaría oficio a la autoridad central española para que ésta trasladase la solicitud al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, que a su vez la haría llegar al funcionario diplomático o consular español encargado de su ejecución.

vez ejecutadas, las solicitudes se devolverán por la vía de transmisión utilizada para cursarlas. En todos estos preceptos -y en algunos otros- el citado Informe del Consejo General de Procuradores de España sobre el anteproyecto de la ley proponía una serie de modificaciones en orden a garantizar la participación de esta profesión en la transmisión de solicitudes de cooperación internacional.

²¹ De la misma opinión es el Consejo de Estado, según señala en su Dictamen sobre el anteproyecto.

²² Aunque nada se indique en la LCJIMC, en términos idénticos a los que se exponen a continuación se habría de admitir la realización de diligencias procesales en España a instancia de autoridades extranjeras.

²³ En este caso concreto sostiene con acertado criterio el citado Dictamen del Consejo de Estado a la recíproca que se ha de autorizar la práctica de diligencias procesales en suelo español por funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros habilitados para ello por su propia legislación, cuando tales diligencias resulten de un procedimiento tramitado ante una autoridad judicial extranjera y, en todo caso, con las mismas cautelas fijadas en el presente artículo de objeción al uso de la coacción e inexistencia de oposición por parte de la legislación española (en cuanto legislación del Estado receptor); se trataría, en definitiva, de extender la aplicación del artículo 5.j) de la Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares a supuestos en los que dicho acuerdo internacional no resulta aplicable.

29. b) En el segundo supuesto aludimos a jueces, magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, funcionarios al servicio de ésta y otro personal. A ellos los considera el artículo 16 habilitados, con carácter general, para desplazarse a un Estado extranjero con el fin de llevar a cabo o intervenir en las diligencias procesales que deban practicar en dicho Estado. Cuando este precepto se refiere *in fine* a que estos desplazamientos se ajustarán, en todo caso, “a lo previsto por la legislación específica” cabe entender por un lado que la referencia lo es a la legislación específica del Estado extranjero y por otro lado a que es de prever la promulgación de una normativa *ad hoc* en España de desarrollo de esta materia.

30. 4^a Con carácter general la LCJIMC establece diversas causas o motivos por los que cabe que las autoridades españolas denieguen las solicitudes de cooperación recibidas de autoridades extranjeras, que podemos sintetizar del siguiente modo (artículo 14)²⁴.

31. a) Desde un punto de vista teleológico, motivo de denegación de la cooperación será que el objeto o finalidad de la cooperación solicitada por la autoridad extranjera resulte contrario al orden público. Aunque no se indique en la Ley, se ha de precisar este concepto en referencia tanto a una *manifesta* incompatibilidad (pues así lo exige la tendencia más moderna del Derecho internacional privado en los planos tanto supraestatal como estatal y en tales términos lo recoge el citado artículo 278 de la LOPJ) como al orden público *internacional español* (a fin de no confundirlo con otros conceptos). Se trata, en definitiva, de no admitir la cooperación únicamente cuando la solicitud extranjera afrente de una manera radical o rotunda un valor jurídico esencial de nuestro ordenamiento de alcance constitucional proyectable, por consiguiente, en el plano internacional; de otra manera se arruinaría el mandato de cooperar o el principio de favorecimiento de la cooperación a los que nos hemos referido en líneas precedentes.

32. b) Desde una óptica procesal son dos los motivos que atañen a la competencia de autoridades. Por una parte no se cooperará con la autoridad extranjera cuando ésta se halle conociendo de un proceso cuya competencia sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española; en defecto de fuente supraestatal, dichas competencias se contienen en nuestro sistema en el artículo 22 de la LOPJ. Por otra parte será asimismo motivo de denegación de la cooperación que el contenido del acto cuya realización la autoridad extranjera solicite no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida; *cooperationis causa* se admite que, en su caso, ésta pueda remitir la solicitud a la autoridad judicial española oportunamente competente, informando de ello a la autoridad extranjera requirente.

33. c) Desde un ángulo técnico, de no reunir la solicitud de cooperación internacional el contenido y los requisitos exigidos por la LCJIMC para su tramitación (véase el artículo 10 *supra*) también se denegará la cooperación internacional solicitada desde el extranjero²⁵.

34. d) Por fin, desde una visión política se rechazará de igual modo la solicitud de cooperación de las autoridades de un concreto país si se diese el supuesto de hecho del artículo 3.2 de la Ley, esto es, si las mismas denegaran reiteradamente la cooperación solicitada por las autoridades españolas o si su ordenamiento dispusiera de una prohibición de hacerlo, todo ello previa aprobación de un real decreto por el Gobierno español que ordenase la denegación de cooperación en cuestión (*supra*).

35. Cualquiera que fuese la causa aplicable de denegación de la solicitud de cooperación, la autoridad española que la disponga tiene una doble obligación: por una parte emitir una resolución motivada sobre el particular y por otra comunicarla a la autoridad requirente (se entiende, según lo expuesto, que por idéntica vía que por la que la habría recibido).

²⁴ Tales motivos se hallan alineados, desde su reforma de 2015, con los del artículo 278 de la LOPJ.

²⁵ Ello pone de relieve que para que pueda ser tramitada en España una solicitud de cooperación internacional remitida desde el extranjero ha de cumplir con el contenido y requisitos señalados en el artículo 10 de la Ley, extremos que se erigen de este modo en esenciales o indispensables. Dicho de otro modo, si la normativa reguladora de este tipo de actos en el ordenamiento extranjero en cuestión no previese la cumplimentación de alguno o algunos de los extremos del artículo 10 debería hacerlo para que se les pudiera dar curso en España; una exigencia que, en la práctica, puede provocar disfunciones evidentes.

36. 5^a El régimen de los gastos y costas derivados de la tramitación y ejecución de las solicitudes de cooperación jurídica internacional se disciplina en el artículo 18 de la Ley estableciendo diversas reglas.

37. a) Serán a cargo de aquellos a cuya instancia se soliciten, lo haga ya una autoridad extranjera, ya una parte.

38. b) Cuando ésta demande una actuación procesal por autoridad española podrá solicitar las prestaciones que pudieran corresponderle conforme a la normativa sobre asistencia jurídica gratuita (cuestión que no se aborda en la LCJIMC, cuyo artículo 53 expresamente remite a la Ley 1/1996, de 10 de enero).

39. c) La autoridad central española no estará obligada a asumir gasto alguno -“en ningún caso”, subraya el preámbulo de la LCJIMC- en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en estos preceptos ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado, procurador u otro profesional requerido. Si lo considera podrá solicitar una provisión de fondos “si la autoridad extranjera con la que coopere le exigiere algún pago vinculado a la solicitud” (matiza el citado preámbulo).

40. 6^a Para cerrar este bloque se incluye en la Ley una novedosa norma de carácter general sobre protección de datos (artículo 19) fruto de un equilibrio entre las necesidades que requiere la cooperación internacional y el respeto de la citada protección²⁶; de hecho ésta se preserva en todo momento por cuanto el juez español podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las salvaguardas necesarias para proteger la confidencialidad de los datos personales.

41. a) Así las cosas se establece de entrada que las solicitudes de cooperación jurídica internacional contendrán únicamente los datos personales necesarios para su ejecución, advirtiéndose que los datos transmitidos no podrán usarse ni tratarse para fines no directamente relacionados con la solicitud sin la expresa autorización de la autoridad requirente.

42. b) Seguidamente se especifica que cuando las solicitudes de cooperación jurídica internacional sean cursadas a instancia de un órgano jurisdiccional español se hará constar que los datos personales contenidos en ellas se transmiten a los únicos efectos previstos en la solicitud, no pudiéndose usar o tratar para fines no directamente relacionados o derivados de aquélla sin la expresa autorización de la autoridad requirente.

2. Actos de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales.

43. El mismo título I que hemos venido analizando (“Régimen general de la cooperación jurídica internacional”) contiene sendos capítulos II (artículos 20 a 27) y III (artículo 28) concernientes a los actos de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, respectivamente; si bien, como se apreciará, se abordan asimismo cuestiones de carácter transversal que exceden del ámbito de estos capítulos.

A) Documentos judiciales

44. Principiando con los documentos judiciales, se parte de una visión bilateral de la cooperación (artículo 20), esto es, tanto la activa (notificación o traslado solicitados por autoridad española

²⁶ En términos del preámbulo de la Ley, se busca “un equilibrio razonable entre los principios de proporcionalidad y minimización, y la necesidad de evitar restricciones o estándares excesivos que pudieran comprometer la necesaria fluidez del tráfico judicial internacional”.

al extranjero) como la pasiva (notificación o traslado recibidos por autoridad española del extranjero). Sentado ello, las principales cuestiones de interés suscitadas por esta materia son las que siguen.

45. 1^a Los mecanismos de notificación o traslado al extranjero por parte de los órganos jurisdiccionales españoles y viceversa son los ya indicados (artículos 9, 12, 21 y 22) con dos precisiones.

46. a) Primera, se excluiría en estos casos el conducto notarial por no tener sentido la utilización de esta vía para notificar o trasladar al extranjero actos de naturaleza jurisdiccional²⁷.

47. b) Segunda, se añade la facultad de practicar las comunicaciones directamente a los destinatarios, siempre que lo admita la legislación del Estado requerido, por correo postal certificado o medio equivalente con acuse de recibo u otra garantía que permita dejar constancia de su recepción; posibilidad ésta que, según el preámbulo, responde a la voluntad de facilitar la notificación y reducir sus costes²⁸. De ser el Estado destinatario de la notificación o traslado nuestro Reino, esta vía está expresamente aceptada desde ahora en el artículo 22 de la propia LCJIMC.

48. 2^a Atendiendo a criterios de seguridad y lógica jurídicas, se establece como fecha de notificación o traslado de un acto jurisdiccional aquella en que el documento haya sido *efectivamente* notificado o trasladado de conformidad con el Derecho interno del Estado requerido o del lugar de la notificación y traslado; esta última expresión resulta especialmente plausible en supuestos, por ejemplo, de territorios en conflicto, ubicados en Estados fallidos o no sometidos a soberanía nacional.

49. 3^a Se consagra una regla sobre rebeldía (artículo 24, “Incomparecencia del demandado”) cuyo alcance excede del capítulo de la Ley en que se ubica y que se proyecta sobre toda citación a un proceso judicial (remisión a otro Estado de un escrito de demanda o de un documento para su notificación o traslado). Dicha regla parte de un principio de precaución en caso de un demandado citado en el extranjero y no compareciente ante un proceso seguido ante autoridad española, pues se dispone la suspensión del procedimiento mientras no se acredite que la demanda o el documento de que se trate hayan sido regularmente notificados; ello no impedirá, no obstante, la adopción de medidas provisionales y cautelares por parte de la autoridad española con la finalidad de aseguramiento propia de este tipo de medidas según lo previsto en nuestra legislación procesal.

50. A fin de no prolongar en exceso una tal situación de provisionalidad así como de permitir la continuación y terminación del proceso, se dispone seguidamente que, transcurridos seis meses desde la fecha de envío de la demanda o del documento en cuestión, a instancia de parte interesada la competente autoridad española proveerá; y ello aun cuando no se haya podido certificar que la notificación ha tenido lugar²⁹. Esta última previsión requiere una reflexión: en función del país en que hubiera de producir eficacia la resolución que finalmente se dictara en España podrían producirse dos situaciones. Si dicho país fuera nuestro Reino, la sentencia se ejecutaría sin mayor dificultad en principio. Ahora bien, si tal país fuera un Estado extranjero podría ocurrir que la ausencia de garantía de haber tenido lugar la notificación fuese causa de denegación del reconocimiento/ejecución de la resolución española en tal Estado

²⁷ El Informe citado del CGPJ (p. 19) incide en que la utilización de dicha vía no cabe en relación a los actos judiciales y que únicamente tiene sentido por lo que respecta a la comunicación de documentos extrajudiciales.

²⁸ Advierte el Informe aludido en la nota precedente (p. 22) por una parte que en la práctica va a ser en ocasiones difícil verificar si la legislación del Estado de destino se opone o no a dicho medio; y por otra que si el destinatario no compareciese ante la autoridad española tras haber sido notificado por vía postal ello podría obstaculizar la posterior eficacia de las actuaciones procesales españolas en el Estado extranjero.

²⁹ Aun cuando dicho plazo sea el establecido, para supuestos equivalentes, tanto en el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial (artículo 15) como en el Reglamento (CE) 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (artículo 19.2), el Informe del CGPJ y el Dictamen del Consejo de Estado (*supra*) aconsejaron ampliarlo dado que, fuera del ámbito convencional y europeo, es probable que las dificultades para la notificación sean mayores.

extranjero³⁰. Así lo dispone precisamente, respecto de nosotros, el artículo 46.1.b) de la LCJIMC, sobre el que volveremos.

51. 4^a En relación con el idioma de la documentación objeto de notificación o traslado, el artículo 25 de la Ley distingue dos supuestos.

52. a) Si el destino de dicha documentación es un país extranjero, sin perjuicio de lo que pueda exigir la legislación de éste tal documentación deberá acompañarse de una traducción a la lengua oficial del Estado requerido o a una lengua que el destinatario entienda (extremo este último que persigue facilitar la notificación pero cuya prueba puede resultar diabólica³¹).

53. b) Si el destino de la documentación objeto de notificación o traslado es España, se exige que venga acompañada de una traducción bien al español (o, en su caso, a la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate), bien o a una lengua que el destinatario comprenda³².

54. Téngase presente, en ambos supuestos, que la garantía del derecho de defensa del destinatario de un documento extranjero requiere que el mismo se halle redactado o traducido en una lengua que le permita conocerlo de manera suficiente para organizar su estrategia procesal.

55. 5^a Una apreciable novedad que aporta el artículo 26 de la LCJIMC la constituye la posibilidad de solicitar la emisión por una autoridad del Estado requerido de una certificación de la diligencia de notificación o traslado, pudiendo para ello utilizarse el idioma del propio Estado requerido (como no podría ser de otro modo)³³. Se acreditaría así el cumplimiento de los trámites y de la forma en que se habría llevado a cabo tal diligencia, lo que facilitaría el posterior reconocimiento/ejecución de resoluciones³⁴.

56. Aunque nada se indique, se entiende que la concreción de esta posibilidad se hace depender de que así lo admita la legislación del Estado de que se trate, pudiendo ocurrir que no la prevea o admita en cuyo caso la norma española nada puede imponer a una autoridad foránea; en cambio este artículo habilita expresamente a partir de ahora a nuestras autoridades a emitir este tipo de certificación si le es solicitada desde un Estado extranjero.

57. 6^a De relieve resulta asimismo la inclusión en la LCJIMC de una regla para los emplazamientos y comunicaciones judiciales dirigidos a Estados extranjeros (artículo 27), eventualidad que en

³⁰ Véase en este sentido P. DE MIGUEL ASENSIO, *op.cit.*

³¹ Por ello entiende el Consejo de Estado en su Dictamen que se debería exigir que la autoridad judicial que decidiera notificar o trasladar los documentos en cuestión en una lengua distinta de la oficial que el destinatario comprendiera debería motivar expresamente su decisión con referencia, por ejemplo, a la solicitud expresa del interesado de empleo de dicha lengua, o a la existencia de actuaciones previas en las que éste hubiese demostrado su comprensión de la misma. En el plano de la UE, la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-14/07, *Weiss*, de 8 de mayo de 2008, interpretó el artículo 8.1 del Reglamento (CE) 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, en el sentido de que, en cualquier caso, el destinatario de un escrito de demanda objeto de notificación o de traslado no puede invocar dicha disposición para negarse a aceptar los anexos de un documento que no están redactados en la lengua del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que el destinatario entienda cuando, en el ejercicio de su actividad profesional, celebra un contrato en el que acuerda que la lengua utilizada en la correspondencia será la del Estado miembro de origen, y los anexos transmitidos se refieran a dicha correspondencia, por un lado, y estén redactados en la lengua acordada, por otro.

³² Sobre esta cuestión véase la disposición adicional sexta (“Traducciones e interpretaciones de carácter oficial”) de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

³³ Tampoco especifica nada el artículo 26 acerca de quién puede solicitar el certificado y a quién se le puede solicitar. En cuanto a la primera cuestión, podría tratarse tanto de una parte interesada como de la autoridad estatal requirente. Respecto de la segunda, el certificado se podría solicitar tanto a la concreta autoridad extranjera destinataria de la documentación notificada o trasladada como a la autoridad central extranjera.

³⁴ Esta fórmula, que cuenta con el antecedente del citado Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 (artículo 6), evitaría la invocación de la causa de denegación de la rebeldía a la que refiere el artículo 46.1.b) de la Ley (*infra*) si en la certificación se acreditase que, por ejemplo, la demanda fue debidamente notificada al demandado.

la práctica resulta ciertamente compleja en lo técnico y en lo político. El *iter* de dicha regla se desarrolla como sigue.

58. a) Con carácter previo todo órgano jurisdiccional español comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero. La finalidad de esta medida es la emisión por aquél de un informe en relación con las cuestiones relativas a las inmunidades de jurisdicción y de ejecución³⁵; puesto que nada se concreta, se ha de considerar tal informe preceptivo pero no vinculante (si bien, qué duda cabe, una indicación en el mismo de una posible vulneración de la inmunidad del Estado extranjero afectará en buena medida al procedimiento). El Ministerio dará traslado del informe al órgano jurisdiccional competente por la misma vía que la haya recibido.

59. b) Seguidamente, de procederse a un emplazamiento, una citación, un requerimiento o cualquier otro acto de comunicación judicial dirigido a un Estado extranjero, los mismos se realizarán por vía diplomática a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, debiendo comunicarse por nota verbal y de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961.

60. c) Por fin, dispone el artículo 27 que el primer emplazamiento en un proceso civil que se siga en España contra un Estado extranjero se entenderá efectuado dos meses después de la fecha que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción. De este modo se consagra *de iure* una regla de cortesía frecuente *de facto* en la práctica procesal internacional.

B) Documentos extrajudiciales

61. Por exclusión la Ley entiende por documento extrajudicial el autorizado o expedido por una autoridad no judicial (notario, autoridad o funcionario competente)³⁶. Aclarado ello, se declara en el artículo 28 la posibilidad de ser objeto de traslado o notificación a un Estado extranjero de conformidad con las previsiones del capítulo anterior (actos de notificación y traslado de documentos judiciales) que le sean aplicables atendiendo a su especial naturaleza.

62. El traslado y la notificación de los documentos extrajudiciales se somete a las siguientes peculiaridades.

63. a) Los destinatarios en el Estado requerido serían notarios, autoridades o funcionarios públicos. Aunque nada se indique en este artículo hemos de entender que cabría asimismo trasladar o notificar el documento directamente a la persona concernida, siempre que lo admitiera la legislación del Estado requerido, por correo postal certificado o medio equivalente con acuse de recibo u otra garantía que permitiese dejar constancia de su recepción (recuérdese que de ser el Estado destinatario España esta vía estaría expresamente aceptada en el artículo 22 de la LCJIMC).

³⁵ Nótese que la presente Ley únicamente aborda las inmunidades de jurisdicción y de ejecución en este precepto para clarificar qué hacer en supuestos de emplazamientos y notificaciones judiciales dirigidos a Estados extranjeros, pues como indica su preámbulo se ha querido excluir el desarrollo procesal específico de las demandas contra Estados que pudieran encajar en casos admisibles por la Convención de Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, ratificada por España el 21 de septiembre de 2011, sobre ella véase por todos, entre nosotros, L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “La Convención de Nueva York sobre las inmunidades de los estados y de sus bienes: ¿una barrera frente a los avances del Estado de Derecho?”, *Diario La Ley*, nº 8376 (12 de septiembre de 2014). El citado desarrollo procesal se ha preferido incluir por nuestro legislador en la reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (*BOE* nº 258, de 28 de octubre de 2015).

³⁶ El preámbulo de la Ley llega a afirmar que “(l)os documentos públicos, especialmente los notariales, constituyen un pilar de la cooperación jurídica internacional, como sobradamente se pone de manifiesto en las distintas manifestaciones del Derecho privado de la Unión Europea, y, en general, en el tráfico civil y mercantil con terceros países”.

64. b) Aunque en el artículo 28 se aluda como mecanismos de comunicación únicamente a la autoridad central o a la vía directa entre autoridades, de lo expuesto en líneas precedentes se ha de añadir la comunicación directa a la persona concernida, a la que acabamos de aludir, y naturalmente el conducto notarial, especialmente adecuado a la naturaleza de este tipo de actos (artículo 9.d).

65. c) El contenido de la solicitud debe ser, cuando menos, el siguiente: naturaleza, fecha e identificación del documento; nombre y dirección postal o electrónica del notario, autoridad o funcionario que lo haya autorizado o expedido; pretensión notificada y consecuencias, en su caso, de su incumplimiento; y, si se indicara, el plazo requerido para ello.

3. Práctica y obtención de pruebas

66. Se cierra con un capítulo dedicado a esta materia (artículos 29 a 32) el extenso título I de la Ley, adoptando una vez más la visión bilateral de la misma, esto es, la cooperación activa y pasiva pues se regula la práctica y obtención de pruebas tanto en el extranjero para que surtan efecto en un procedimiento judicial seguido en España como en la situación inversa (artículo 29.1). De la reglamentación de la materia -que según el preámbulo de la Ley atiende a criterios de simplicidad y subsidiariedad- destacaremos las cuestiones que se abordan a continuación.

67. 1^a Especial mención requiere la admisión de la posibilidad de la práctica anticipada de prueba, esto es, con vistas a un procedimiento no iniciado o futuro. Dada la novedad y peculiaridad de esta figura -no obstante común en otros ordenamientos-, el artículo 29 la somete a los siguientes requisitos.

68. a) El objeto de la prueba solicitada debe tener relación directa con el proceso que se vaya a iniciar, ello con idea de evitar esfuerzos innecesarios de orden material y humano.

69. b) La admisión de la prueba que se solicite debe ser conforme con las legislaciones de los Estados concernidos, es decir, de aquél en que se quiera practicar aquélla y de aquél en que se pretenda iniciar el futuro proceso.

70. c) La práctica de la prueba se llevará a cabo conforme a la normativa procesal del Estado en que se efectúe dicha práctica en tanto que *lex fori*³⁷.

71. Cabría cuestionarse si en el ámbito de aplicación de estas reglas podrían incluirse los actos de *pre-trial discovery of documents* propios de los sistemas anglosajones en general y de los Estados Unidos en particular³⁸. La respuesta ha de ser negativa por una serie de razones. En primer término por cuanto con frecuencia esta práctica se efectúa fuera del marco de todo procedimiento, esto es, con carácter privado con el fin de preparar un futuro litigio. En segundo lugar dado que nuestro Reino ya se ha pronunciado sobre este particular en el plano supraestatal efectuando una reserva al artículo 23 del Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, de modo que no se ejecutarán en nuestro territorio “cartas rogatorias que tengan por objeto el procedimiento conocido en los países de *Common Law* con el nombre de *pre-trial discovery of documents*”. Finalmente puesto que en el plano interno tanto el Consejo de Estado en su Dictamen como el CGPJ en su Informe (*supra*) han ratificado la inadmisión de esa figura en nuestro sistema procesal³⁹.

72. 2^a Otra de las cuestiones de interés que suscita la práctica y obtención de pruebas concierne al contenido de la solicitud que, además de a lo exigido con carácter general en el artículo 10 (*supra*), ha

³⁷ Lo expuesto en las letras b) y c) resulta de una interpretación extensiva de los apartados 1 y 2 del artículo 29.

³⁸ Sobre esta figura véase por todos, entre nosotros, L. CARBALLO PIÑEIRO, “La actividad preparatoria de un litigio internacional: de las diligencias preliminares a la *pre-trial discovery*”, *La Ley*, 2005, nº 5, pp. 1253-1264.

³⁹ El segundo de ellos calificándola incluso como generadora de posibles abusos (pp. 25-26).

de atender a las especificidades del artículo 30, a saber: a) la descripción de las diligencias de obtención de pruebas solicitadas⁴⁰; b) la indicación de si se solicita la práctica de la prueba conforme a un procedimiento previsto en la legislación del Estado requirente y las aclaraciones necesarias para su aplicación; c) la indicación de si se solicita el uso de medios tecnológicos de comunicación; y d) la solicitud de las partes interesadas, sus representantes o algún funcionario del Estado requirente para asistir a la ejecución de la diligencia solicitada.

73. 3^a Una última cuestión que suscita la práctica y obtención de pruebas se refiere a la circunstancia de que lo sean en territorio patrio (artículo 32). Así, una vez recibida la solicitud de una autoridad extranjera se verificará *prima facie* si concurre o no alguno de los motivos de denegación de la cooperación relatados en el artículo 14 (*supra*) o si la persona designada se niega a la diligencia solicitada por gozar de una exención o de una prohibición de declarar o de aportar documentos (establecida o reconocida por nuestro Derecho o por el del Estado requirente) y así lo acredita. Si concurriese algún motivo y/o si hubiera negativa justificada se denegaría la práctica de la prueba y se devolverían al requirente extranjero los documentos con expresión de los motivos de denegación; si en cambio no concurriera motivo alguno y/o si no hubiese negativa justificada se procedería a la práctica de la prueba en España y, una vez cumplimentada la comisión rogatoria, se remitirían al requirente los documentos que lo acreditasen.

4. Prueba e información del Derecho extranjero.

74. Versan los dos títulos siguientes de la Ley sobre la prueba del Derecho extranjero (el II, constituido únicamente por el artículo 33) y acerca de la información del Derecho extranjero (el III, conformado por los artículos 34 a 36).

75. 1º En lo que atañe a la primera de las cuestiones, se efectúa de inicio una remisión de la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero a lo dispuesto en la LEC (en concreto, artículo 281.2) y demás disposiciones aplicables en la materia (entre los que se hallaría el artículo 36 del Reglamento Hipotecario)⁴¹. Aclarado esto, podría considerarse en apariencia que nada o poco aporta de nuevo el artículo 33 al vigente régimen de la aplicación del Derecho extranjero por nuestros órganos judiciales⁴². Nada más lejos de la realidad como se podrá apreciar a continuación.

76. a) De entrada, se incluye una referencia expresa al uso, por parte de tales órganos, del criterio de valoración de la sana crítica de la prueba practicada para determinar su valor a los fines de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero⁴³. Se persigue con ello recalcar la relevancia del papel del juzgador en este campo y del necesario equilibrio en la toma en consideración de los múltiples factores que inciden en la prueba de un Derecho extraño. Y es que nos hallamos ante una norma abierta que precisará de desarrollo jurisprudencial para ser adecuadamente perfilada.

⁴⁰ Se detalla en el artículo 31: toma de declaración a una persona, examen de testigos o cualquier otra prueba (por ejemplo, la exhibición de documentos u otros soportes de información).

⁴¹ Respecto de la referencia de dicho precepto de la LEC a que la autoridad judicial española puede valerse de “cuantos medios de averiguación estime necesarios” para la aplicación del Derecho foráneo, hemos de entender que, con las salvaguardas que ello requiere, uno de dichos medios pueden ser considerados las webs en que se contiene información oficial sobre ordenamientos nacionales, cual es el caso de las auspiciadas por la UE, que facilitarían enormemente esta tarea a los jueces; quizás se haya perdido la oportunidad de indicarlo así en el preámbulo de la LCJIMC para un uso más generalizado y práctico de estos medios en sede jurisdiccional. Sobre ello véase C.E. ODRIozola MARISCAL, “Aplicación del Derecho extranjero a la luz de la globalización: referencia al modelo europeo”, *La Ley Unión Europea*, nº 31 (2015).

⁴² Llama la atención que no se haya aprovechado la oportunidad de la promulgación de esta nueva Ley ni de la reforma de la LEC para añadir al contenido y a la vigencia el requisito de la prueba asimismo de la interpretación del Derecho foráneo, creación de nuestra jurisprudencia. Ello podría considerarse como una desautorización por el legislador hacia tal doctrina; en sentido contrario, M.C. VAQUERO LÓPEZ (*op. cit.*, p. 217) critica a éste por no haber incluido en el artículo 33 de la LCJIMC la exigencia de la interpretación y aplicabilidad al caso del Derecho extranjero.

⁴³ Una objeción al criterio de la sana crítica en esta sede se contiene en el citado Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de ley.

77. b) Seguidamente se alude en el artículo 33, igualmente como novedad normativa, al medio de prueba que representan los informes o dictámenes sobre Derecho extranjero (que, naturalmente, carecerían de alcance vinculante). Con esta otra regla se abre la puerta a posibles concreciones de este medio de prueba siempre que conforme a la sana crítica el juzgador considere acreditado el Derecho extranjero, hallándose entre tales concreciones los informes o dictámenes elaborados por un jurista (no necesariamente dos, ni prácticos del Derecho, ni del país de que se trate⁴⁴); así se ha venido admitiendo *de facto* en nuestros Tribunales al considerarse acreditado el contenido y vigencia de un ordenamiento foráneo mediante dictámenes de profesores universitarios españoles⁴⁵.

78. c) Por fin, no menos novedosa resulta la solución consagrada ante la falta de acreditación por las partes del contenido y vigencia del Derecho extranjero en la marco de un *status* normativo heterogéneo, si no contradictorio⁴⁶. Sienta el artículo 33.2 de la LCJIMC como regla general la *facultad* de la autoridad española de aplicar en tales casos el Derecho patrio, lo que requiere de ésta ponderar las circunstancias objetivas y subjetivas -en particular la actitud de las partes- del asunto para ejercer o no tal facultad⁴⁷; se persigue así tanto la evitación de una denegación de justicia (que podría ser injustificada si se desestimara la demanda) como la búsqueda de la efectiva tutela judicial⁴⁸. Esta solución se entiende que ha de ser utilizada “con carácter excepcional”⁴⁹, si bien la frecuencia con que en la práctica no se prueba el contenido y vigencia del Derecho extranjero -por razones objetivas o subjetivas- hace sospechar que su utilización resultará asidua⁵⁰.

79. 2º Analizadas las normas sobre prueba del Derecho extranjero corresponde hacer lo propio a continuación con las que regulan la información acerca del Derecho extranjero y español. Principiaremos para ello con la amplitud que el concepto de este instituto merece, pues podrá referirse esta actividad al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante (artículo 34)⁵¹.

⁴⁴ Los artículos 35.2 y 36.2 de la Ley, en sede de información sobre el Derecho extranjero y español, aluden a “dictámenes periciales de juristas expertos”.

⁴⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15^a ed., Granada, Comares, 2014, p. 481, invocan como ejemplos de acreditación del Derecho aplicable al régimen económico de sendos matrimonios la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de diciembre de 2005, que admitió un dictamen sobre el ordenamiento marroquí de la profesora M.P. DIAGO DIAGO, de la Universidad de Zaragoza, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de julio de 2009, que hizo lo propio con un dictamen del profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, sobre el ordenamiento del Estado de Ohio (Estados Unidos).

⁴⁶ En tanto que el artículo 100.2 de la LRC de 2011 señala que la falta de acreditación del contenido y vigencia del ordenamiento extranjero aplicable a los hechos y actos relativos al estado civil supondrá la denegación de la inscripción de éstos, el artículo 67.1 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (en la redacción aportada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) indica que “(c)uando no se haya podido determinar el contenido de la Ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la Ley material española”. Una explicación racional de esta disparidad podría hallarse en lo siguiente: en tanto que en el primer supuesto el rigor que exige la estabilidad y seguridad del estado de la persona desaconseja no modificar su situación registral si no se prueba el Derecho extranjero, en el segundo el *animus protectionis* de la parte débil aconseja no privar a ésta de un derecho por la ausencia de prueba del ordenamiento extranjero, procurándole en todo caso la aplicación del Derecho español a fin de garantizarle el disfrute de tal derecho.

⁴⁷ Extiende P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*) esta solución a los supuestos de imposibilidad jurídica de aplicación del Derecho extranjero, típicamente como consecuencia de la reserva de orden público.

⁴⁸ Señala el preámbulo que, de entre las dos soluciones que en esencia se dan a este controvertido aspecto en la práctica forense -la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*-, la nueva Ley “se decanta por esta última solución, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva”.

⁴⁹ Por ello entiende el Consejo de Estado en su Dictamen que la decisión del órgano judicial de aplicar subsidiariamente el Derecho material español en tanto que *lex fori* debería estar suficientemente motivada.

⁵⁰ En el mismo sentido se pronuncia M.C. VAQUERO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 217. De contrario parecer es el preámbulo de la Ley, que señala que “(d)ebe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido”.

⁵¹ Recuerda el preámbulo que nos hallamos ante un sistema subsidiario que se aplica en defecto de normas supraestatales aplicables a nuestro Reino, como pueden ser las contenidas en los instrumentos vigentes en la UE, los dos Convenios multi-

80. Expuesto esto, el artículo 35 aborda las solicitudes efectuadas por parte de autoridades españolas para informarse acerca de un Derecho extranjero en tanto que el 36 lo hace respecto de las solicitudes efectuadas por parte de autoridades extranjeras para informarse sobre el Derecho español⁵². De forma paralela se contienen en ambos preceptos soluciones sobre las autoridades que pueden formular la solicitud, el objeto de la misma, las vías para articularla, el contenido de la solicitud y la asunción de su coste. Destacamos entre estos pormenores dos cuestiones de interés en lo que atañe a las citadas autoridades.

81. a) Por una parte el artículo 8.e) de la Ley ya señalaba, entre las competencias de la autoridad central española, la de “(p)roporcionar información sobre Derecho español cuando proceda con arreglo a lo previsto en el artículo 36, así como información sobre Derecho extranjero, conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 35”⁵³.

82. b) Por otra parte entre las autoridades españolas que pueden solicitar información sobre un ordenamiento foráneo se incluye a los notarios y registradores para ser utilizada en el marco de sus competencias (artículo 35.1) en una manifestación más de la relevancia atribuida al papel desempeñado por estos fedatarios en el tráfico jurídico externo.

5. Litispendencia y conexidad internacionales

83. Ambos institutos se disciplinan en el título IV (artículos 37 a 40) atendiendo a una exigencia ineludible de aportación de seguridad jurídica y de previsibilidad a las partes⁵⁴, a la vez que siguiendo las tendencias de la normativa de la UE en la materia; nos referimos, en concreto, a la contenida en el Reglamento (UE) 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 (artículos 33 y 34 en particular)⁵⁵, por lo que no nos detendremos en los desarrollos propios de esta norma por exceder del objeto del presente trabajo⁵⁶. A ello se añade que la circunstancia de que las reglas sobre litispendencia

laterales de Londres de 7 de junio de 1968 acerca de la información sobre el Derecho extranjero (con su protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978) y de Montevideo de 8 de mayo de 1979 sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, y los bilaterales en que España es parte y que contienen previsiones sobre la materia (caso, por ejemplo, del existente con Marruecos de 30 de mayo de 1997).

⁵² Invocamos de nuevo en este punto el interés que tendría el uso de webs oficiales de la UE para informarse acerca del Derecho de los Estados miembros (*supra*).

⁵³ En una evidente manifestación de sentido común, precisa el preámbulo de la Ley que en materia de peticiones de información de Derecho extranjero cursadas por autoridades españolas no deben generarse falsas expectativas, “pues (...) no hay garantía alguna de que las autoridades extranjeras accedan a proporcionar dicha información”.

⁵⁴ Lo que se refuerza con la regla contenida en el apartado segundo de la disposición transitoria única de la Ley, por cuya virtud los artículos de este título se aplicarán a las demandas que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley.

⁵⁵ Sobre esta cuestión *vid.* entre nosotros, entre otros, 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”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 28 (diciembre de 2014), pp. 1-35, esp. 20 ss.; A. DURÁN AYAGO, “Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados y reglamento (UE) nº 1215/2012: ¿brindis al sol?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 13 (2013), pp. 171-216; y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48 (2013), pp. 9-35, esp. pp. 24-27. Para la exégesis de todos aquellos preceptos de la LCJIMC que proceden de instrumentos de la UE conviene acudir a la rica jurisprudencia generada sobre éstos por el Tribunal de Luxemburgo.

⁵⁶ Pocos son los aspectos en que el legislador español se ha alejado del modelo europeo. Explica P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*) que uno de ellos es la adición introducida en el artículo 39.1.a), que exige para que pueda apreciarse litispendencia que “la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio”, lo que considera superfluo cuando el apartado b) del mismo artículo requiere, con buen criterio, que “sea previsible que el órgano jurisdiccional extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España”, lo que implica verificar que es previsible que la eventual resolución extranjera supere el control de la competencia internacional del tribunal de origen establecido en el artículo 46.1.c) de la Ley. Por otra parte llama asimismo la atención del citado autor la ausencia en el artículo 40 de una norma como la del artículo 34.3 del Reglamento 1215/2012 que contempla la posibilidad de que el tribunal español ponga fin al proceso suspendido por razón de la conexidad cuando el proceso extranjero dé lugar a una resolución susceptible de reconocimiento en España; en todo caso, considera que la ausencia de previsión específica al respecto en el artículo 40 de la Ley no impide apreciar que la finalización del proceso en España puede ser consecuencia del reconocimiento en España de la resolución extranjera.

y conexidad se apliquen respecto de terceros Estados a la UE desde la vigencia del citado instrumento resta operatividad a estos preceptos de la LCJIMC, que resultarán de aplicación únicamente a aquellas materias no cubiertas por el ámbito de aplicación sustantivo del Reglamento, esto es, esencialmente al Derecho de personas, de familia, de sucesiones y de Derecho concursal.

83. Sí retienen nuestra atención las dos cuestiones abordadas en el capítulo I (“Disposiciones generales”) con que se abre este título, cuyo alcance se proyecta sobre ambas instituciones: la litispendencia internacional (capítulo II, artículo 39) y las demandas conexas (capítulo III, artículo 40).

84. a) La primera de dichas cuestiones la conforma la inclusión en la Ley de un concepto general y transversal de pendencia (artículo 37): un proceso se considerará pendiente desde el momento de interposición de la demanda, siempre por lógica que después resulte ésta admitida.

85. b) La segunda cuestión cuyo interés suscita la regulación de estas dos instituciones en la LCJIMC se refiere a las reglas procesales por las que se han de alegar y tramitar, remitiendo el artículo 38 a las normas que regulan la excepción de la litispendencia interna (a saber, los artículos 410 y siguientes de la LEC); estas mismas normas procesales serán de aplicación a la litispendencia y conexidad internacionales de resultar de aplicación el citado Reglamento 1215/2012⁵⁷.

6. Eficacia en España de decisiones y actos extranjeros.

86. El extenso y último título de la Ley (el V), tiene por rúbrica “Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequáтур y de la inscripción en Registros públicos” y abarca los artículos 41 a 61. Principia con una serie de disposiciones generales y prosigue con el régimen del reconocimiento, con el de la ejecución y con el procedimiento judicial de exequáтур o para la declaración del reconocimiento y la autorización de la ejecución, cuestiones todas ellas especialmente necesitadas de una regulación moderna y garantista a la vez que eficaz habida cuenta del arcaico sistema hasta ahora vigente derivado de los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881 (que, en buena medida, reproducían los artículos 922 a 929 de la Ley rituaria de 1855)⁵⁸; sólo este objetivo justificaría la promulgación de la LCJIMC, que plausiblemente elimina además el moribundo régimen de reciprocidad consagrado en los artículos 952 y 953 de aquélla. Además, como acertadamente señala el preámbulo de la Ley, estos preceptos están llamados a aplicarse de manera muy frecuente por cuanto en los instrumentos de la UE rige el principio de eficacia *inter partes*, de forma que sólo son aplicables respecto a resoluciones judiciales originarias de Estados parte en dichos instrumentos y relativas a materias cubiertas por los mismos.

87. Aborda asimismo el título V la eficacia de los documentos públicos extranjeros en nuestro ordenamiento así como su inscripción en los Registros públicos (*infra*)⁵⁹.

⁵⁷ En esta misma línea, a fin de alcanzar una bienvenida coordinación con la LCJIMC y con la LEC, el nuevo artículo 22 *nonies* de la LOPJ (conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) dispone que “(l)as excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales”. Aunque, técnicamente, la conexidad no es una excepción procesal.

⁵⁸ Conforme al apartado 3 de la disposición transitoria única de la LCJIMC, estos artículos continúan siendo de aplicación a las demandas de exequáтур presentadas hasta el momento de la entrada en vigor de la LCJIMC -esto es, hasta el 20 de agosto de 2015-, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera de que se tratase.

⁵⁹ En relación con los actos de jurisdicción voluntaria en supuestos internacionales estos preceptos de la LCJIMC han de coordinarse necesariamente con lo establecido en la ya citada LJV. Como acertadamente ha señalado DE MIGUEL ASENCIO, P. (*op. cit.*), la coordinación de aquélla con ésta no está exenta de dificultades y pone de relieve el alumbramiento de un marco normativo innecesariamente complejo, en el que se considera algo normal que los regímenes especiales puedan establecer soluciones iguales a las de la normativa general, como expresamente recoge el tercer párrafo del apartado V del preámbulo de la LCJIMC, y en el que en ocasiones normas que regulan una misma cuestión utilizan conceptos idénticos pero a los que el legislador parece pretender dotar de significados diversos.

A) Disposiciones generales

88. En lo que atañe a las disposiciones generales (capítulo I, artículos 41 a 43), dos son las cuestiones de interés que destacamos.

89. 1º El ámbito de aplicación de estas normas gira en torno a la susceptibilidad de reconocimiento y ejecución en España tanto de las resoluciones extranjeras *firme*s recaídas en un procedimiento contencioso⁶⁰ como de las resoluciones extranjeras *definitivas* adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria⁶¹.

90. No obstante, siguiendo las más modernas tendencias europeas cabría también reconocer en España resoluciones judiciales no firmes cual es el caso de las medidas cautelares y provisionales dictadas en el extranjero, ello siempre que se cumpliese una doble condición: a) que la denegación del reconocimiento supusiera una vulneración de la tutela judicial efectiva (lo que daría pie a las partes a probar la concurrencia o no de esa condición, y al juez español a decidir razonadamente); y b) que tales medidas se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria (extremo de carácter objetivo cuya concurrencia deberían acreditar las partes interesadas en uno u otro sentido según lo dispuesto en la normativa procesal del Estado en que se adoptaron las medidas y conforme a lo ocurrido en el desarrollo del procedimiento en cuyo seno se tomaron)⁶².

91. Además de lo anterior también serán susceptibles de ejecución los documentos públicos extranjeros, según estudiaremos más adelante.

92. 2º El procedimiento llamado de exequáтур se utilizará tanto para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera (y, en su caso, para autorizar su ejecución), como para declarar que una tal resolución no es susceptible de reconocimiento en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 46 (*infra*).

B) Reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras

93. El capítulo II del título V (artículos 44 a 49) desarrolla cuestiones diversas, algunas de ellas novedosas en nuestro sistema de Derecho internacional privado de fuente interna, que sistematizaremos del siguiente modo.

⁶⁰ El artículo 43 de la Ley define “resolución” como cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide las costas del proceso, incorporándose felizmente así una norma similar a la consagrada en los instrumentos supraestatales en los que España es parte; por “resolución firme” como aquella contra la que no cabe recurso en el Estado de origen (se entiende que bien por preverlo así su ordenamiento procesal, bien por haberse agotado los plazos para interponerlo); y por “órgano jurisdiccional” toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias de la LCJIMC. Acerca de la aplicabilidad de estas normas al reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros en España véase M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *Diario La Ley*, nº 8388 (1 de octubre 2014).

Frente a la opción de política legislativa de exigencia de firmeza explica F. GASCÓN INCHAUSTI (“Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 161-162) que otra podría haber sido establecer un régimen de ejecución provisional de resoluciones extranjeras, con cautelas específicas y reforzadas (como se lleva haciendo en el ámbito europeo desde la aprobación del Convenio de Bruselas de 1968 y como, de hecho, lo permiten también algunos instrumentos).

⁶¹ A este último respecto hay que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 12 de la LJV (“Efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras”). Sobre ello véase, por todos, F.J. MARTÍN MAZUELOS, “Reconocimiento de actos extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria en la nueva legislación”, *Diario La Ley*, nº 8629 (21 de octubre de 2015).

⁶² Llama la atención P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*), sobre el hecho de que no se corresponda fielmente esta regla del artículo 41.4 de la Ley con la del artículo 2.a) del Reglamento 1215/2012 -del que trae causa- el cual, en una redacción más flexible, tan sólo requiere que la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución.

94. 1º Efectos de las resoluciones judiciales extranjeras (artículo 44). Como principio general, en virtud del reconocimiento las resoluciones judiciales extranjeras pueden producir en España los mismos efectos que en su Estado de origen. Este principio admite no obstante tres matizaciones.

95. a) Cuando se trate de un reconocimiento incidental la eficacia quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequáutur de la resolución extranjera. Se entiende que se producirá el reconocimiento incidental cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma accesoria en un procedimiento judicial; en tal caso el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse al respecto según lo dispuesto en nuestras leyes procesales⁶³.

96. b) Si la resolución extranjera contuviese una medida desconocida en el ordenamiento español se adaptaría a una medida conocida en éste que tuviese efectos equivalentes y persiguiera una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendría más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. La adaptación de la medida -que, según el preámbulo de la Ley, supone una operación delicada y difícil- podrá ser impugnada por cualquiera de las partes⁶⁴.

97. c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre varias pretensiones y no pudiere reconocerse la totalidad del fallo, se podría conceder el reconocimiento para uno o varios de los pronunciamientos (artículo 49).

98. 2º Modificación de resoluciones judiciales extranjeras (artículo 45). Una resolución extranjera podrá ser modificada por un órgano jurisdiccional español siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a los términos que se acaban de estudiar; ello no impedirá que se pueda plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles, correspondiendo en definitiva a las partes optar bien por la modificación de la sentencia extranjera bien por la apertura de un nuevo procedimiento. Esta novedosa previsión podría estar pensada para supuestos propios del Derecho de familia en que los cambios de las circunstancias fácticas sobre las que se basó la sentencia dictada en el extranjero resultan frecuentes: pensiones entre cónyuges, alimentos entre parientes, guarda y custodia de menores, protección de éstos o de personas con capacidad judicialmente modificada, etc. No obstante, la alteración de la sentencia extranjera habría de ser autorizada por los jueces españoles de manera prudente a fin de evitar que esta figura fuese utilizada en detrimento de la cosa juzgada para que una parte consiguiera en España revertir el pronunciamiento dado en el extranjero.

⁶³ Indica el preámbulo de la Ley que se ha evitado una referencia en este punto a la apertura de un incidente conforme a lo establecido en los artículos 388 y siguientes de la LEC, permitiéndose así que el reconocimiento incidental se pueda llevar a cabo de forma ágil y más sencilla en el seno de cada procedimiento según las leyes procesales, ya que el proceso incidental referido en los artículos 388 y siguientes citados parece diseñado para otro tipo de cuestiones y su utilización supondría encajar un exequáutur dentro de un proceso abierto cuando la solución puede ser más sencilla al plantearse normalmente el reconocimiento como base de la estimación o desestimación de la pretensión principal, de tal modo que será la sentencia la que determine la aptitud del documento para probar lo que se pretende. Si se tratase de resolver con carácter previo una excepción procesal, en tal momento podría apreciarse también la aptitud del documento para probar las pretensiones.

En sentido crítico se ha manifestado acerca de esto último P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*), quien entiende que el reconocimiento incidental no va referido a la mera eficacia probatoria de un documento público extranjero (en el que consta la resolución judicial) sino al reconocimiento en España de los efectos procesales de la resolución extranjera, por ejemplo, de cosa juzgada material, constitutivo o la eficacia que debe atribuirse en nuestro país a una situación jurídica creada por la resolución extranjera. La mera eficacia probatoria en un proceso de los documentos públicos extranjeros (incluidas las resoluciones judiciales) para acreditar hechos viene determinada por el artículo 323 de la LEC.

⁶⁴ Un detallado análisis de las figuras anglosajonas de la *freezing order* o de la *Mareva injunction* en sede de exequáutur puede verse en F. GASCÓN INCHAUSTI (*op. cit.*, pp. 164-165), quien afirma que lo más lógico sería que el tribunal español, al darseles trámite, decretara el embargo preventivo de los bienes sobre los que se proyectase la medida en cuestión, como por ejemplo hiciera la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 4^a) de 9 de junio de 2009 (JUR\2009\439908) en un asunto en el que se solicitó el exequáutur de una *freezing order* acordada por la *High Court of Justice* de Londres que se acabó "convirtiendo" en una suma de embargos preventivos respecto de bienes situados en territorio español.

99. 3º Causas de denegación del reconocimiento. El artículo 46 contiene seis motivos para denegar el reconocimiento de una resolución judicial extranjera firme⁶⁵, motivos que en buena medida son el resultado de una actualización y decantación de la evolución jurisprudencial, doctrinal y normativa (instrumentos europeos sobre todo) de años de las condiciones de reconocimiento establecidas en el artículo 954 de la LEC de 1881. Es preciso recalcar que una de las principales aportaciones de la nueva LCJIMC consiste en eliminar la carga de la prueba, por parte del solicitante de exequáтур, del cumplimiento de todas y cada una de las condiciones de reconocimiento del citado artículo para conseguirlo: con la nueva regulación será la parte demandada en el proceso de exequáтур la que tendrá que invocar y probar, en su contestación a la demanda, la(s) causa(s) de denegación del reconocimiento que considere oportuna(s) si pretende impedirlo; se produce con ello un cambio radical en el eje procesal de esta cuestión, en línea con los desarrollos consagrados en los instrumentos en los que nuestro Reino es parte (en particular en la UE a raíz del Convenio de Bruselas de 1968).

100. a) La primera causa sería la contrariedad de la resolución judicial extranjera contra el orden público que, según hemos avanzado, habría de ser precisado como manifiesta oposición con el orden público internacional español, conforme exige una interpretación de conjunto de las normas de nuestro sistema⁶⁶. Precisa el preámbulo de la Ley que si bien no se recoge en el articulado la referencia a las peculiaridades del orden público en procesos de familia o de menores, es claro que si la resolución extranjera afectase a menores de edad, el orden público debería valorarse teniendo en cuenta el interés superior del menor; pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequáтур que si la resolución afectase a menores de edad y se hubiere dictado -excepto en casos de urgencia- sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, se habrían violado principios fundamentales del Derecho español.

101. b) También se denegaría el reconocimiento en nuestro país de una resolución judicial extranjera cuando ésta se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes⁶⁷. Dado que con frecuencia tal infracción se identifica con la rebeldía, la letra b) del apartado 1 del artículo 46 dispone una regla *ad hoc*: si la resolución se hubiera dictado en rebeldía se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse⁶⁸. Se habrá apreciado que en este punto la nueva norma resulta más exigente que la contenida en los instrumentos de la UE, que no exigen una estricta regularidad formal de la notificación (en particular el artículo 45.1.b) del Reglamento 1215/2012, que considera suficiente que el demandado hubiera podido defenderse excluyendo aun en tal caso que se pudiera denegar el reconocimiento de la resolución dictada en rebeldía cuando el demandado hubiese podido recurrir contra la resolución del Estado miembro de origen y no lo hubiera hecho); ello es considerado pertinente por el preámbulo de la Ley habida cuenta de que se trata de una disposición que se aplicará cuando no rija reglamento europeo ni convenio internacional.

⁶⁵ El precepto distingue este supuesto del del reconocimiento de las transacciones judiciales extranjeras, que no se llevará a cabo cuando sean contrarias al orden público (es de suponer que manifiestamente contrarias al orden público internacional español); el artículo 43.d) de la Ley define transacción judicial como todo acuerdo aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado en el curso del procedimiento. Por otro lado, en lo que concierne a las medidas cautelares y provisionales sostiene con acierto P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*) que pese a su ausencia de firmeza cabe asimismo su reconocimiento en España aplicándoles *mutatis mutandis* las causas del artículo 46, lo que requiere en algún caso la adaptación de ellas cual sería el supuesto del control de la competencia del tribunal de origen.

⁶⁶ Así, al carácter manifiesto de la incompatibilidad se refieren los artículos 96.2.2º.c) de la LRC de 2011 y 12.3.c) de la LJV.

⁶⁷ Si bien esta causa podría haberse subsumido en la anterior, pues no es más que la manifestación procesal de la salvaguarda del orden público, nuestro legislador ha preferido mantenerla de forma independiente a efectos didácticos (así lo explica el preámbulo de la LCJIMC).

⁶⁸ Explica F. GASCÓN INCHAUSTI (*op. cit.*, p. 181) que los supuestos más habituales de control son aquéllos en los que se ha usado algún sistema de notificación ficticia (como nuestros edictos) para emplazar al demandado en el extranjero: en estos casos, recuerda que es preciso estar a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el carácter residual que debe atribuirse al emplazamiento por edictos, que obligará al juez del exequáтур a cerciorarse de que realmente fuera éste un instrumento último al que se acudió después de intentos reales e infructuosos de proceder a un tipo de notificación personal o con más visos de ser conocida por su destinatario.

102. c) La tercera causa de denegación del reconocimiento atañe a la competencia en que se basó el juez de origen y se identifica doblemente. Concurrirá este motivo de denegación por una parte si la resolución extranjera se pronunció sobre una materia respecto de la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles (recuérdese que la reserva de exclusividad de nuestra jurisdicción se halla en el artículo 22 de la LOPJ). Por otra parte también se denegará el reconocimiento en España de una resolución extranjera, en relación con las materias que no sean de competencia exclusiva de nuestros órganos jurisdiccionales, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable con el litigio; se presume que esta razonabilidad se dará, mediante una técnica de bilateralización o de espejo, cuando el órgano jurisdiccional extranjero base su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española en los artículos 22 y siguientes de la citada Ley Orgánica (aunque pueda hacerlo igualmente con fundamento en un foro no recogido en nuestro sistema siempre que sea normal, usual o apropiado pues de lo que se trata es de no reconocer las resoluciones dictadas al amparo de foros excesivos o exorbitantes)⁶⁹.

103. d) La inconciliabilidad de resoluciones es el cuarto motivo de denegación de reconocimiento de una decisión firme extranjera, que se concretaría cuando ésta fuera inconciliable con una resolución dictada bien en España, bien con anterioridad en otro Estado si esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España. Obsérvese cómo el legislador ha reforzado el segundo supuesto para exigir que la resolución extranjera sea anterior en el tiempo, extremo que no se exige si la inconciliabilidad se da respecto de una resolución española.

104. e) La última causa de denegación del reconocimiento sería la pendencia de un litigio en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero. Siguiendo el modelo de los instrumentos europeos, en este supuesto el legislador ha precisado el factor temporal para hacer primar el proceso español sólo si fuese anterior al proceso extranjero; se pretende así disuadir a las partes del inicio en España de procesos con fines obstaculizadores de procesos pendientes en el extranjero⁷⁰.

105. 4º Acciones colectivas extranjeras. Una de las más relevantes aportaciones de la LCJIMC concierne a esta figura, pues la ha admitido en esta sede *ex professo* por vez primera en nuestro sistema de Derecho internacional privado de fuente interna⁷¹. En efecto, dispone el artículo 47 que las resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos derivados de acciones colectivas serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España; en particular, para su oponibilidad en nuestro país a afectados que no se hayan adherido expresamente será exigible que la acción colectiva extranjera haya sido comunicada o publicada en España por medios equivalentes a los exigidos por la ley española y que dichos afectados hayan tenido las mismas oportunidades de participación o desvinculación en el proceso colectivo que aquellos domiciliados en el Estado de origen de la resolución extranjera. El apartado 2 de este precepto hace referencia a un único motivo de no reconocimiento de este tipo de resolución: cuando la competencia del órgano jurisdiccional de origen no se hubiera basado en un foro equivalente a los previstos en la legislación española⁷²; no obstante, una interpretación finalista y sistemática de la LCJIMC aconseja

⁶⁹ Se erige esta regla en norma subsidiaria para aquellos ámbitos que no se hallen cubiertos por normas especiales en las que se regule expresamente este motivo de denegación del reconocimiento, cual es el caso de la Ley concursal (artículo 220.1.3º), de la Ley de adopción Internacional (artículos 26.1.1º y 34.1.2º reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio), de la LRC de 2011 (artículo 96.2.2º.b) y de la LJV (art. 12.3.a). Advierte P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*) de las dificultades que genera en nuestro sistema la coexistencia de un cúmulo tan elevado de normas que pretenden regular con los mismos criterios una misma cuestión -aunque en ámbitos sectores- pero de manera descoordinada.

⁷⁰ P. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, y C. VAQUERO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 221.

⁷¹ Sobre este particular véase entre nosotros, por todos, L. CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extra-territorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009.

⁷² Se trata -explica el preámbulo de la Ley- de una norma más estrecha que la antes analizada pues se exige que los foros de competencia en virtud de los cuales conoció la autoridad jurisdiccional extranjera equivalgan a los previstos en la legislación española, no bastando la mera semejanza; ello se explicaría por la precaución que merecen algunas algunas *class actions* extranjeras que no tienen parangón en nuestro ordenamiento. En esta línea explica F. GASCÓN INCHAUSTI (*op. cit.*, p. 170) que este

denegar asimismo el reconocimiento en España de una resolución judicial extranjera dictada como consecuencia de una acción colectiva si concurre, *mutatis mutandis*, cualquier otra causa de las contenidas en el artículo 46 (*supra*).

106. 5º Prohibición de revisión en cuanto al fondo. Reproduce en este punto el artículo 48 de la Ley un asentado principio procesal internacional que no resulta novedoso en nuestro sistema: en ningún caso la resolución extranjera podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo; en particular, no podrá denegarse el reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del sistema español de Derecho internacional privado.

C) Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

107. Conforman el capítulo III del título V de la LCJIMC dos artículos, el primero de ellos (el 50) dedicado a la ejecución en España de las resoluciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen, lo que se llevará a cabo una vez se haya obtenido el exequáutur de acuerdo con lo previsto en el propio título V⁷³; al igual que respecto del reconocimiento, podrá solicitarse la ejecución parcial de una resolución. El mismo artículo remite, para el procedimiento de ejecución en España de las resoluciones extranjeras, a las disposiciones de la LEC (incluyendo la caducidad de la acción ejecutiva)⁷⁴.

108. El otro artículo de este capítulo, el 51, se refiere la ejecución en España de las transacciones judiciales extranjeras que hayan sido reconocidas, ejecución que también se efectuará de conformidad con lo que se acaba de exponer.

D) Procedimiento judicial de exequáutur

109. El capítulo IV (artículos 52 a 55) del título V de la Ley regula detalladamente el procedimiento para la obtención del exequáutur por una resolución judicial extranjera. Nuestro legislador ha optado por mantener el exequáutur como procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución, lo que contrasta con lo establecido en los reglamentos de la UE⁷⁵.

110. Abordaremos seguidamente algunas de las cuestiones de mayor relieve suscitadas por el capítulo IV.

precepto bilateraliza los fueros de los artículos 22 a 22 *octies* de la LOPJ, de modo que se entenderá cumplido el requisito, *v.gr.*, si el demandado tiene su domicilio, su sede social o su centro de actividad principal en el Estado de origen (*ex art. 22 ter*); si la acción colectiva se funda en daños extracontractuales derivados de un hecho dañoso que se haya producido en el territorio del Estado de origen (*ex art. 22 quinqueis b*); si tiene su origen en un contrato que se haya cumplido o deba cumplirse en el Estado de origen (*ex art. 22 quinqueis a*); o si deriva de la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil situado en el Estado de origen (*ex art. 22 quinqueis c*).

Se pregunta P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*) si lo que se dice en el preámbulo de la LCJIMC acerca del significado del término “equivalente” al regular el control de la competencia del tribunal de origen en su artículo 47.2 es aplicable al término “equivalentes” que en relación también con el control de la competencia del tribunal de origen utiliza el artículo 96.2 de la LRC de 2011, entendiendo que parece razonable sostener que la respuesta es negativa.

⁷³ Entiende el Consejo de Estado en su citado Dictamen que desde el punto de vista sistemático se genera cierta confusión al tratar la ejecución antes del procedimiento de exequáutur, cuando en realidad, aunque ambas demandas pueden acumularse en un mismo escrito (*infra*), aquélla es una consecuencia de éste.

⁷⁴ En contra F. GASCÓN INCHAUSTI (*op. cit.*, p. 173) para quien es el Derecho del Estado de origen de una resolución el que determina cuándo ésta tiene y cuándo pierde su fuerza ejecutiva; por este motivo, entiende el citado autor que nuestros tribunales no pueden imponer a las resoluciones judiciales procedentes de otros Estados el plazo de cinco años de caducidad de la acción ejecutiva prevista en el artículo 518 de la LEC, aunque éste sí sea exigible a las resoluciones españolas.

⁷⁵ Explica el preámbulo de la Ley que se estima ello adecuado pues el régimen contenido en este texto se aplica a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo por lo que parece conveniente mantener ciertas cautelas antes de dar validez a las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales.

111. 1º Conforme al artículo 52 corresponde la competencia para conocer de este procedimiento, en el marco de sus respectivos ámbitos *ratione materiae*, a los Juzgados de Primera Instancia o a los Juzgados de lo Mercantil del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera⁷⁶. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el Juzgado ante el cual se interponga la demanda de exequáтур⁷⁷. En cualquiera de los supuestos expuestos el órgano jurisdiccional español controlará de oficio la competencia objetiva para conocer de estos procesos.

112. 2º Respecto del inicio, desarrollo y finalización del proceso (artículo 53) destacamos del mismo lo que sigue.

113. a) Las partes deberán estar representadas por procurador y asistidas de letrado.

114. b) Se iniciará mediante demanda a instancia de cualquier persona que acredite un interés legítimo, pudiendo acumularse plausiblemente la demanda de exequáтур y la solicitud de ejecución en el mismo escrito en aras de la economía procesal⁷⁸; no obstante, no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución decretando el exequáтур.

115. c) Cabe solicitar la adopción de medidas cautelares, con arreglo a las previsiones de la LEC, que aseguren la efectividad de la tutela judicial que se pretenda.

116. d) La demanda, que se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera, se ajustará a los requisitos del artículo 399 de la Ley rituaria y deberá ir acompañada de los documentos señalados en el apartado 4 del artículo 54 de la LCJI-MC⁷⁹. Según se adelantó, será la parte demandada en el proceso de exequáтур la que tendrá que invocar y probar, en su contestación a la demanda, la(s) causa(s) de denegación del reconocimiento del artículo 46 que considere oportuna(s) si pretende impedirlo.

117. e) El letrado de la Administración de Justicia adscrito al órgano judicial ante el que se presente la demanda tiene una serie de obligaciones para examinarla, darle trámite y comunicarse con las partes y con tal órgano, que resolverá las incidencias procesales (artículo 54, apartados 5 a 7)⁸⁰.

⁷⁶ La inclusión del Juzgado de lo Mercantil en este precepto la estima GASCÓN INCHAUSTI. (*op. cit.*, p. 174) como una previsión totalmente desacertada. De un lado, porque no se puede justificar en una hipotética necesidad de respetar la división de atribuciones entre ambos tipos de Juzgado, pues la materia sobre la que haya versado el proceso en el extranjero carece totalmente de relevancia a la hora de decidir sobre su exequáтур y a la hora de ejecutarla (ni siquiera en sede de oposición a la ejecución por motivos de fondo, dado lo estrecho de los cauces aducibles al amparo del artículo 556 de la LEC). De otro, y sobre todo, porque al hacer esta división se arrojan también sobre el ámbito del exequáтур los arduos problemas de delimitación entre los ámbitos competenciales de ambos tipos de órgano jurisdiccional que ya sufren los justiciables en el ámbito interno español.

⁷⁷ Una regla especial en materia concursal se contiene en el artículo 52.3: si la parte contra la que se instase el exequáтур estuviera sometida a proceso concursal en España y la resolución extranjera tuviese por objeto algunas de las materias competencia del juez del concurso, la competencia para conocer de la solicitud de exequáтур correspondería al juez del concurso y se sustanciaría por los trámites del incidente concursal.

⁷⁸ Explica F. GASCÓN INCHAUSTI (*op. cit.*, p. 172) que se trata de una novedad que debe ser bienvenida y que tiene también consecuencias en el plano de la competencia: de forma indirecta, el precepto está atribuyendo competencia para conocer de la ejecución forzosa al mismo tribunal que es competente para conocer del exequáтур, en virtud del artículo 52; esta competencia común -continúa- es razonable y no resulta incompatible con las reglas ordinarias del artículo 545 de la LEC, dado que no se contempla en ellas de forma expresa la competencia para la ejecución cuando se trata de títulos ejecutivos extranjeros.

⁷⁹ A saber: a) el original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados; b) el documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente (recuérdese a estos efectos la utilidad de la certificación a la que se refiere el artículo 26 de la Ley, *supra*); c) cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así del Derecho aplicado por el tribunal de origen; y d) las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la LEC.

⁸⁰ Acerca del papel de este tipo de funcionario en el tráfico externo véase L. REVILLA PÉREZ. “El secretario judicial y la

118. f) Se dispone la intervención en todo caso del Ministerio Fiscal en estos procesos, a cuyo efecto se le dará traslado de todas las actuaciones⁸¹. Se trata de una norma cuya pervivencia resulta difícilmente justificable: históricamente tuvo su sentido cuando la competencia para conceder el exequáatur se residenciaba en la Sala Primera del Tribunal Supremo, el tráfico externo era anecdótico y el concepto de salvaguarda de soberanía estatal se hallaba muy presente en la configuración de este mecanismo; en nuestro tiempo ninguna de esas circunstancias pervive, por lo que la norma del artículo 54.8 de la LCJIMC multiplica innecesariamente las tareas del Ministerio Fiscal que únicamente debería de intervenir en aquellos supuestos previstos en nuestra legislación procesal interna, en particular cuando la relevancia de los intereses en presencia lo exigiese (por ejemplo, supuestos relacionados con menores o personas con capacidad judicialmente modificada).

119. 3º El régimen de recursos, regulado en el artículo 55, se sintetiza como sigue.

120. a) Contra el auto de exequáтур solo cabe interponer recurso de apelación de conformidad con las previsiones de la LEC; si el auto fuera estimatorio, el órgano jurisdiccional podría suspender la ejecución o sujetar dicha ejecución a la prestación de la oportuna caución.

121. b) Contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia, la parte legitimada podría interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación de conformidad con las previsiones de la misma Ley.

E) Documentos públicos extranjeros

122. El capítulo V del título V disciplina la eficacia en España de los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, respecto de los que dispone como principio general que serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público (única de las causas de denegación del reconocimiento del artículo 46 que resulta aplicable, en la línea de lo dispuesto en el artículo 58 del Reglamento 1215/2012); precisando, conforme al principio de equivalencia de efectos, que a los fines de dicha ejecutabilidad deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas (artículo 56)⁸².

122. Mediante una regla paralela al artículo 44.4, dispone el artículo 57 de la LCJIMC que cuando sea necesario para la correcta ejecución de este tipo de documentos extranjeros se podrán adecuar a nuestro ordenamiento las instituciones jurídicas foráneas desconocidas en España sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Correspondrá tal tarea a los notarios y funcionarios públicos españoles, pudiendo cualquier interesado impugnar la adecuación efectuada directamente ante un órgano jurisdiccional patrio⁸³.

cooperación jurídica internacional”, en J. MARTÍN OSTOS (coord.), *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 403-420.

⁸¹ El aludido Informe del Consejo Fiscal de 20 de septiembre de 2014 sobre el anteproyecto de ley sugería que la intervención del este Ministerio se produjera cuando hubiese sido incorporada no solo la demanda sino también los escritos de oposición.

⁸² Explica el preámbulo de la Ley que esta vocación de circulación de los documentos públicos, en cuanto participan de una definición común tomada de los instrumentos y jurisprudencia de la UE, determina que la LCJIMC establezca un cauce de notificación y traslado directo para los autorizados por notario; con ello “se atribuye valor normativo a las notificaciones ya frecuentes en el tráfico civil y comercial en una economía globalizada”. Un estudio de las escrituras notariales extranjeras desde esta perspectiva puede en F. GASCÓN INCHAUSTI, “Los cinco requisitos que han de cumplir las escrituras extranjeras según las Leyes de Jurisdicción Voluntaria y Cooperación Jurídica Internacional”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 63 (2015), pp. 180-183.

⁸³ En opinión de P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*), la efectividad de la adaptación en la práctica notarial y registral puede verse favorecida por la mayor flexibilidad existente para la acreditación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, lo que puede ser determinante para conocer los efectos así como la finalidad e intereses perseguidos por la institución o derecho en cuestión en el ordenamiento extranjero de cara a establecer la institución, derecho o medida equivalente en nuestro ordenamiento.

F) Inscripción en los registros públicos

124. El título V de la Ley se cierra con el capítulo VI, que tiene por objeto regular la inscripción en los registros públicos españoles (de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles) tanto de resoluciones judiciales extranjeras (artículo 59), como de documentos públicos igualmente extranjeros (artículo 60)⁸⁴; una materia que el preámbulo de la Ley califica como “(e)lemento esencial de la seguridad jurídica”. El capítulo se abre con una declaración general -y lógica- de reserva exclusiva de reglamentación del procedimiento registral, de los requisitos legales y de los efectos de los asientos registrales a las normas del ordenamiento español, principio de la aplicación de la *lex registrii* que se consagra asimismo en los instrumentos de Derecho internacional privado de la UE⁸⁵.

125. 1º Para la inscripción en los Registros públicos españoles de las resoluciones judiciales extranjeras firmes (o definitivas si son de jurisdicción voluntaria) no se requerirá procedimiento especial, resultando de aplicación el respectivo a cada Registro⁸⁶; si aquéllas no fueren firmes o definitivas solo podrán ser objeto de anotación preventiva con los efectos que correspondan⁸⁷. El artículo 59 regula asimismo la función del encargado del Registro respecto de la verificación de la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados así como de la inexistencia de las causas de denegación de reconocimiento de reconocimiento previstas en el artículo 46, todo ello con carácter previo a la calificación del título inscribible; también disciplina la notificación de su decisión y los efectos de su decisión contraria al reconocimiento incidental. En cualquier caso establece el apartado 3 de este precepto que queda siempre a salvo la posibilidad de que el interesado recurra al proceso de exequátor previsto en esta Ley.

126. 2º Conforme al artículo 60, los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surtan en el país de origen los mismos o más próximos efectos (se entiende, aunque no se indique, que los exigidos para un documento español)⁸⁸.

127. 3º Mediante una fórmula ya reiterada en la Ley, dispone el artículo 61 la adaptación en lo posible de una resolución o de un documento público extranjeros que ordenen medidas o incorporen derechos que resulten desconocidos en el ordenamiento español a una medida o derecho previstos o conocidos en nuestro Derecho que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares; si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. El registrador, a quien compete efectuar dicha adaptación, deberá comunicarla al titular del derecho o medida de que se trate antes de proceder a la inscripción. No obstante, cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano jurisdiccional.

⁸⁴ No se alude al Registro Civil, que posee sus propias normas en su legislación específica (artículo 96 de la Ley 20/2011).

⁸⁵ Es el caso reciente del artículo 1.2.1) del Reglamento (UE) 650/2012, de 7 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁸⁶ Explica P. DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*) que conforme a esta norma el reconocimiento se configura como presupuesto para la inscripción, pero es posible el reconocimiento sin necesidad de procedimiento especial, directamente por el registrador, que el artículo 59.2 denomina “reconocimiento incidental”, al igual que cuando se plantee en un procedimiento judicial (artículo 44.2). El autor aludido cuestiona una vez más la conveniencia de la pluralidad de normas en este ámbito: en particular le reclama la atención que los motivos de denegación del reconocimiento incidental registral -al menos formalmente- no coinciden en esa norma y en la del artículo 96 de la LRC de 2011, que además todavía no ha entrado en vigor.

⁸⁷ Para las resoluciones de jurisdicción voluntaria estas normas habrán de coordinarse con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

⁸⁸ Para los documentos públicos extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria habrá de estarse, además, a lo establecido en la disposición adicional tercera de la misma Ley citada en la nota anterior.

7. Disposiciones complementarias de la LCJIMC

128. Concluye la Ley, y nuestro estudio, con una relación de disposiciones complementarias, algunas de notable extensión, que podemos sistematizar como sigue.

129. 1º Disposiciones adicionales. La primera describe cuáles son las normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, a las que aludimos al principio de este trabajo; la segunda se refiere a los formularios normalizados que, por medio de Orden del Ministro de Justicia, podrán aprobarse para facilitar la aplicación de la propia Ley y la cumplimentación tanto de las solicitudes de cooperación jurídica internacional como de las comisiones rogatorias (aún no se han aprobado); la tercera contiene la previsión de que las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal, algo criticable por cuanto su implementación requeriría de un esfuerzo presupuestario importante para adecuar las estructuras de nuestra Administración a las necesidades reales del tráfico externo.

130. 2º La disposición transitoria única disciplina el régimen aplicable a los procesos en tramitación mediante tres apartados: la LCJIMC se aplicará a las solicitudes de cooperación jurídica internacional recibidas por las autoridades españolas con posterioridad a su entrada en vigor; el título IV se aplicará a las demandas que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley; y el título V a las demandas de exequátur que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera (*supra*). Se recuerda que la Ley entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE (esto es, el 20 de agosto de 2015).

131. 3º Mediante la disposición derogatoria única se derogan los artículos 951 a 958 de la LEC aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, así como cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente LCJIMC.

132. 4º Las cuatro primeras disposiciones finales modifican diversas normas de nuestro ordenamiento, en buena medida para facilitar la aplicación en España de algunos instrumentos de la UE (en particular los Reglamentos 1215/2012 y 650/2012): la primera afecta a la Ley Hipotecaria; la segunda a la LEC; la tercera a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (modificando su artículo 27, relativo a la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, para someter el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación extranjero a lo previsto en la LCJIMC); y la cuarta a la ya citada Ley 2/2014, de 25 de marzo (modificando su disposición adicional décima sexta acerca de las traducciones e interpretaciones de carácter oficial⁸⁹). La disposición final quinta se refiere al título competencial a cuyo amparo se dicta la Ley y la sexta a la entrada en vigor de ésta.

⁸⁹ Una medida –explica el preámbulo de la Ley– con la que se facilita la relación de los ciudadanos con las Administraciones Públicas, en especial cuando se trata de expedientes o procedimientos que se tramitan, al menos parcialmente, en el extranjero.

LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL MERCADO INTERNO, SU SINERGIA POSITIVA CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, Y UNA ANOTACIÓN SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

INTERNAL MARKET FREEDOMS AND THE POSITIVE SYNERGY WITH FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION LAW, AND A NOTE ON THE SCOPE OF APPLICATION

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

Profesor Ayudante Doctor en Derecho Administrativo
Universitat de València

Recibido: 07.02.2016 / Aceptado: 09.02.2016

Resumen: Las relaciones de las libertades fundamentales del mercado interior (o libertades económicas) con los derechos fundamentales pueden ser tanto negativas (situaciones de conflicto) como positivas. Para estudiar precisamente las segundas, este trabajo se ocupa primero de identificar similitudes y diferencias entre ambas categorías, y la terminología utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y pone su atención a la importante sentencia *Elliniki* como punto de inflexión en la sinergia positiva, y terminando con un pequeño apunte sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales teniendo en cuenta también la sentencia *Åkerberg*.

Palabras clave: libertades económicas, derechos fundamentales, Derecho de la Unión Europea.

Abstract: The relations between market freedoms (or economic freedoms) with fundamental rights can be both negative (conflict situations) as positive. In order to study the second type, firstly we try to indentify the similarities and differences between the two categories, and the terminology used by the European Court of Justice. After that we turn our attention to the important judgment *Elliniki* as a turning point in the positive synergy, and we finish with a small note on the scope of fundamental rights taking into account the judgment *Åkerberg*.

Keywords: market freedoms, fundamental rights, European Union Law

Sumario: I. Motivación. II. Categorización y configuración. III. Sinergias positivas entre libertades económicas y derechos fundamentales: un pequeño retorno a *Elliniki*. IV. Algunas notas sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (de la UE) tras Lisboa. V. A modo de conclusión.

I. Motivación

1. Ciertamente son muchos los problemas que actualmente se plantean para la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel que vivimos en la Unión Europea (UE)¹, y uno de ellos,

¹ Las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea (UE) y el Derecho Nacional se suelen describir -desde una perspectiva jurídica con el llamado paradigma del sistema multinivel, con teorías que buscan una aproximación a la misma, como es el caso del constitucionalismo multinivel (*multilevel constitutionalism*), ya que los Estados miembros de la UE son a

al que vamos a tratar de aproximarnos en estas líneas es la relación que mantienen los derechos fundamentales con las libertades fundamentales del mercado interior (o libertades económicas), y en particular las sinergias positivas que se pueden derivar para los derechos fundamentales, haciendo una pequeña parada de retorno en *Elliniki*², que constituyó un punto de inflexión importante para potenciar el ámbito de aplicación del sistema de protección los derechos fundamentales del Derecho de la UE (DUE)³.

Quizá se puede decir que, desde el punto de vista del DUE, las cuatro libertades fundamentales del mercado interno o libertades económicas (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y de prestación de servicios, libre circulación de trabajadores y libre circulación de capitales; en adelante libertades económicas) constituyen principios generales que deben prevalecer y que prohíben medidas restrictivas. Algo que también es predictable de los derechos fundamentales, pues constituyen principios generales del DUE que deben reconocer y respetar en el ejercicio de sus competencias tanto las instituciones de la Unión Europea como los Estados miembros, éstos últimos cuando actúan en el ámbito del DUE⁴.

2. Ahora bien, podemos encontrar dos tipos de relación o interacción entre libertades económicas y derechos fundamentales: positiva o de apoyo; y negativa o conflictual.⁵ Estas relaciones las vamos a encontrar -principalmente- en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como encargado de garantizar su respeto, tanto de las libertades económicas⁶ como de los derechos fundamentales⁷.

Por supuesto, es conocido que el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a la resolución de casos en los que intervenían a la vez ambas categorías -derechos fundamentales y las libertades económicas del mercado- y no siempre de forma conflictiva, aunque quizás es la resolución de las situaciones de conflicto, lo más conocido en este ámbito (*Schmidberger*⁸, *Omega*⁹, *Viking*¹⁰, *Laval*¹¹, etc.)¹²

3. Pero este trabajo quiere fijar su atención precisamente en los supuestos de sinergia positiva entre libertades económicas y derechos fundamentales.

Para ello, el primer paso, desde luego, es la conceptualización de las categorías, para verificar ante qué estamos, así como las similitudes y diferencias entre ambas, paso previo para poder tratar de estudiar su posible jerarquización o relación, y en cualquier caso su equiparación y ponderación en tér-

su vez miembros parte en el Consejo de Europa, con lo que efectivamente podemos hablar principalmente de tres niveles de garantía en el territorio de la UE: nivel nacional, nivel UE y nivel convencional. Sobre esta teoría, vid. I. PERNICE, “Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?”, *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, pp. 703-750, y “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, n. 27, 2002; F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea” en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Pece Barba*, vol. 2, 2008, pp. 133-138; T. FREIXES SAN JUAN, “Constitucionalismo multinivel e integración europea” en *Constitucionalismo Multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, Parlamentos nacionales, Parlamentos regionales con competencias legislativas*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 37-50; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 2^a edición, Sanz y Torres, Madrid, 2014.

² Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

³ Se puede afirmar que se ha configurado en la Unión Europea un sistema autónomo y diferencial de la protección de los derechos fundamentales vinculado a los propios objetivos y estructuras de la Unión, distinto de los sistemas de protección constitucionales, y del sistema convencional del Consejo de Europa.

⁴ Sobre el “comodín” que suponen los principios generales del Derecho como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, vid. L. GORDILLO, y G. MARTINICO, *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 90 y ss.

⁵ Como muy bien apunta J. KRZEMINSKA: “The impact of fundamental rights on a fundamental freedom may be dual, in that they may serve either as a limitation to a limitation of a fundamental freedom or a limitation to a fundamental freedom”, ZERP-Diskussionspapier 3/2005, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1134809>, p. 7.

⁶ Sobre la protección de las libertades económicas permítaseme remitir al trabajo J. SARRIÓN ESTEVE, “La Tutela de las libertades económicas fundamentales en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014, pp. 933-967.

⁷ J. SARRIÓN ESTEVE, *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson, 2013.

⁸ Sentencia *Schmidberger*, C-112/2000, ECLI:EU:C:2003:333.

⁹ Sentencia *Omega*, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

¹⁰ Sentencia *Viking*, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772.

¹¹ Sentencia *Laval*, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

¹² J. SARRIÓN ESTEVE, “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, n. 81, 2011, pp. 379-412; S. A. DE VRIES, “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 1, pp. 169-192.

minos de relevancia jurídica. Posteriormente, vamos a fijarnos en particular en las sinergias positivas que se pueden derivar para los derechos fundamentales, haciendo una pequeña parada volviendo -como hemos dicho antes- a *Elliniki*¹³, y finalmente realizaremos alguna anotación respecto al ámbito de aplicación del sistema de protección de derechos fundamentales del DUE, al que tanto ayudo dicha sentencia.

II. Categorización y configuración

4. Tanto los derechos fundamentales como las libertades económicas del mercado han sido entendidos como categorías diferentes, si bien reconociendo que gozan también de similitudes.

Efectivamente, encuentran identidad en la configuración expresa como principios generales, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como en los Tratados, tras el Tratado de Ámsterdam como principios sobre los que se funda la Unión.

5. Además, el Tribunal de Justicia asumió desde el principio un papel de protector de las libertades económicas para garantizar la efectividad del entonces llamado Derecho comunitario;¹⁴ siendo también destacable el uso del mismo test o examen para justificar una restricción a las libertades económicas fundamentales o a los derechos fundamentales (el llamado test o examen de proporcionalidad)¹⁵.

6. Desde un punto de vista teórico, si consideráramos las libertades económicas fundamentales como límites al poder, también guardarían cierta similitud con los derechos fundamentales, que se imponen también como límites al mismo¹⁶.

7. Sin embargo, no hay duda de que estamos ante categorías diversas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que por tanto guardan más **diferencias** que similitudes:

- a) Las libertades fundamentales siempre han estado enumeradas de forma expresa en el TCE, mientras que los derechos fundamentales carecían de tal enumeración; pero incluso hoy en día, tras la reforma de Lisboa, las libertades fundamentales se encuentran enumeradas de forma expresa en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, mientras que los derechos fundamentales se encuentran fuera de los Tratados, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque ésta goce de fuerza jurídica equivalente a los Tratados (art. 6.1 Tratado de la Unión Europea).
- b) Las libertades económicas se han invocado frente a medidas nacionales que pudieran entorpecer el mercado, mientras que los derechos fundamentales, especialmente los de carácter social, se han invocado de forma defensiva para proteger competencias nacionales¹⁷.
- c) Mientras las libertades se refieren propiamente al mercado interno, y por tanto se vinculan a actividades de carácter económico, los derechos fundamentales conceden derechos subjetivos a los individuos.¹⁸ No obstante, no hay que obviar que la libertad de circulación de trabajado-

¹³ Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

¹⁴ V. SKOURIS, “Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance”, *European Review of Business Law*, vol. 17, n. 2, 2006, p. 233.

¹⁵ Esto ya lo apuntaba SKOURIS, vid. supra p. 234.

¹⁶ MADURO planteó la consideración de las libertades económicas como límites: “fundamental economic freedoms limiting public power and safeguarding competition in free market”. Vid. M. POIARES MADURO, “The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights”, en E. ERIKSEN, J. FOSSUM, J. MENÉNDEZ (eds.), *Chartering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 215

¹⁷ N. BERNARD, “A “New Governance” Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU”, en T. HERVEY, y J. KENNER, J. (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 245 y ss.

¹⁸ A. BLECKMANN, *Europarecht: des Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften*, Heyman, Köln, 1997, pp. 269-278, citado en M., LINDELT, *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, Åbo Akademi University, Åbo, 2007, p. 196.

res sí que se ha desarrollado hacia un rol de protección de las personas¹⁹, es decir, hacia la libre circulación de personas, aunque podríamos decir que en la configuración de ésta también han sido relevantes la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios²⁰.

d) La no inclusión de las libertades económicas en el articulado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea podría significar una clara voluntad de mantener una distinción de ambas categorías²¹.

8. Además de estas diferencias más evidentes, la doctrina ha tratado de estudiar en profundidad el régimen jurídico y la jurisprudencia para tratar de encontrar peculiaridades que les separan.

Así, SCHUTTER destaca que una importante diferencia es que la introducción de la protección de los derechos fundamentales se hizo para evitar el riesgo de que la Unión fuera acusada de disminuir el nivel de protección de los derechos fundamentales en los sistemas nacionales, puesto que en su opinión los derechos fundamentales no se consideran propiamente un ingrediente (*ingredient*) que contribuya a la efectividad y progreso de las libertades del mercado, sino como potenciales obstáculos y por ello han sido reconocidos de forma restrictiva²².

TICHTY considera que las libertades económicas son el instrumento básico de construcción del mercado comunitario, pero no un fin en sí mismas, como ocurriría con los derechos fundamentales; por otro lado, tanto unos como otros encontrarían una orientación diferente, puesto que los derechos fundamentales refuerzan el interés común y se garantizan a través de las instituciones, mientras que las libertades fundamentales persiguen intereses individuales y se garantizan a través de garantías individuales.²³ Lo que cabría plantearse es que su propio sentido y la finalidad que tienen es distinta: la consecución del mercado interno en un caso, la realización y garantía de la vida de los ciudadanos por otra.

Por su parte, ASHIAGBOR entiende que muchas de estas diferencias podrían parecer curiosas a personas que no hayan estudiado la naturaleza del proyecto de integración económica europeo, o incluso no incontrovertidas, todo y que estas libertades son elevadas al nivel de los derechos y calificadas como fundamentales²⁴.

9. Pero realmente, a pesar de esta categorización diferencial hay un momento en el que los derechos fundamentales ejercen cierta influencia no desdeñable en las propias libertades económicas.²⁵ Esta influencia se manifestaría en el desarrollo del orden legal comunitario incluso antes de la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La cuestión que la doctrina ha tratado de responder es en qué medida esta influencia afecta a las libertades económicas fundamentales, es decir,

¹⁹ Esta libertad económica fundamental ya fue definida como derecho fundamental por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Forcheri*, C-152/82, ECLI:EU:C:1983:205; así como en las Conclusiones del Abogado General LENZ en *Bosman*, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:293

²⁰ Sobre la configuración de la libre circulación de personas como derechos fundamentales y su fundamento en las libertades de establecimiento y prestación de servicios, y libre circulación de trabajadores, vid. J. SARRIÓN ESTEVE, “La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea”, *Panorama Social*, n. 17, 2013, pp. 33-40.

²¹ La diferenciación que haría la Carta de los Derechos Fundamentales al mencionar las libertades económicas en su Preámbulo, pero no incluirlas en su contenido, implicaría en opinión de Lindfelt una clara voluntad de mantener la distinción. Vid. M. LINDFELT, *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, op. cit., p. 8.

²² O. DE SHUTTER, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, *Jean Monet Working Paper*, n. 7/04, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, NYU School of Law, <http://jeanmonnetprogram.org/papers/04/040701.html>, p. 11.

²³ L. TICHTY, “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, en Pernice, I., Zemánek, J. (eds.), *A Constitution for Europe: The IGC, the ratification Process and Beyond*, Nomos, 2005, p. 4.

²⁴ Vid. D. ASHIAGBOR, “Labor Rights in the Era of Globalization”, *Law & Ethics of Human Rights*, v. 3, nº 2, 2009, accessible en www.bepress.com/lehr/vol3/iss2/art5, p. 236.

²⁵ Sobre esta cuestión vid. L. TICHTY “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, op. cit.; P. OLIVER, y W.H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, *Common Market Law Review*, vol. 41, n. 1, 2004, pp. 407-441; el mismo artículo pero actualizado un año después en “The internal market and the four freedoms”, en A. McDONELL (ed.), *A review of forty years of Community law: legal developments in the European Communities and the European Union*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, pp. 129-163.

de qué manera particular puede suponer una transformación de las propias libertades en derechos fundamentales²⁶.

Para ello hay que atender a la terminología utilizada por el Tribunal de Justicia para referirse a las libertades económicas. Y esto es importante, porque no se puede obviar que los términos que utiliza el Tribunal de Justicia, el lenguaje jurídico que utiliza para referirse a las libertades carezca de importancia alguna. El Tribunal de Justicia se ha referido a las cuatro libertades económicas con algunas expresiones que las han vinculado, y mucho, a los derechos fundamentales²⁷:

- a) Así, las ha considerado como **libertades fundamentales**, en *Angonese*²⁸, respecto a la libre circulación de trabajadores; y *Heinonen*²⁹, *Canal Satélite Digital*³⁰ y *Schmidberger*³¹ respecto a la libre circulación de bienes.
- b) Como uno de los **principios fundamentales** del Tratado, entre otras sentencias, en *Comisión c. Grecia*³²; *Comisión c. Francia*³³, en ambos casos respecto de la libertad de circulación de bienes; y en *Comisión c. Alemania*, referida a la libertad de servicios³⁴.
- c) Como una **provisión fundamental** de la Comunidad en *Corsica Ferries*, respecto a las cuatro libertades³⁵.
- d) Entendiéndolas como uno de los **fundamentos** de la Comunidad, en *CIA Security c. Signalson*³⁶, y *Unilever Italia*³⁷; en ambos casos respecto a la libre circulación de bienes.
- e) Y por supuesto también las consideró como **derechos fundamentales** en *Forcheri c. Belgium*³⁸; *UNCTEF c. Heylens*³⁹; *Dounias c. Minister for Economic Affairs*⁴⁰.

10. Y es que, a efectos prácticos, el Tribunal de Justicia parece subjetivizar las libertades económicas como derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, las ha considerado como derechos subjetivos reclamables ante los tribunales nacionales por parte de los individuos, y por tanto como derechos fundamentales. Así ha sido desde los primeros momentos⁴¹.

11. Y así lo viene considerando la doctrina. KRZEMINSKA entiende que, de una manera progresiva, las libertades económicas se han reconocido como libertades que tutelaban al individuo en sus actividades

²⁶ ¿Se puede buscar el fundamento último de las libertades económicas en los derechos? TICHTY, al que ya hemos citado antes, sostiene que sí hasta cierto punto, y pone como ejemplos a la libre circulación de bienes que podría sustentarse sobre el derecho de propiedad; la libre circulación de personas, que podría sustentarse en una visión amplia del derecho de reunión. Vid. L. TICHTY, “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, op. cit., pp. 3-5.

²⁷ Sin pretender ser exhaustivos. Seguimos los estudios de P. OLIVER, y W. H. ROTH, “The Internal Market and the Four Freedoms”(I) op. cit., pp. 407 y ss.; D. ASHIAGBOR, “Labor Rights in the Era of Globalization”, op. cit.; O. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, Contract Law and Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 193 y ss.

²⁸ Sentencia *Angonese*, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296, apartado 35, referida a la libre circulación de trabajadores.

²⁹ Sentencia *Heinonen*, C-394/97, ECLI:EU:C:1999:308, apartado 38, referida a la libre circulación de bienes.

³⁰ Sentencia *Canal Satélite Digital c. Spain*, C-390/99, ECLI:EU:C:2002:34, apartados 28-30, referida a la libre circulación de bienes.

³¹ Sentencia *Schmidberger*, C-112/2000, ECLI:EU:C:2003:333, apartados 62 y 74, referida a la libre circulación de bienes.

³² Sentencia *Comisión c. Grecia*, C-205/89, ECLI:EU:C:1991:123, apartado 9.

³³ Sentencia *Comisión c. Francia*, asunto C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595, apartado 27.

³⁴ Sentencia *Comisión c. Alemania*, C-205/84, ECLI:EU:C:1986:463, apartados 4 y 27.

³⁵ Sentencia *Corsica Ferries France*, C-44/89, ECLI:EU:C:1991:401, apartado 8.

³⁶ Sentencia *Security c. Signalson*, C-194/94, ECLI:EU:C:1996:172, apartado 40.

³⁷ Sentencia *Unilever Italia c. Central Food*, C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496, apartado 40.

³⁸ Sentencia *Forcheri c. Belgium* C-152/82, ECLI:EU:C:1983:205, apartado 11, sentencia referida a la libre circulación de trabajadores.

³⁹ Sentencia *UNCTEF c. Heylens*, C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442, apartado. 14, referida también a la libre circulación de trabajadores.

⁴⁰ Sentencia *Kharalambos Dounias c. Ipourgos Ikonomikon (Minister for Economic Affairs)*, C-228/98, ECLI:EU:C:2000:65, apartado 64, referida a la libre circulación de bienes.

⁴¹ Vid. en este sentido: Sentencias *Salgoil SpA c. Ministerio del Comercio con l'Estero*, C- 13/68, ECLI:EU:C:1968:54; *Reyners c. Belgium*, C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68; *Van Dyne c. Home Office Case*, C-11/74, ECLI:EU:C:1974:84

des comerciales⁴². Poiares Maduro entendió que el Tribunal de Justicia habría atribuido a las libertades fundamentales un estatus que gozan los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales.⁴³ En esta línea, Lindfelt considera que en la práctica las libertades económicas fundamentales juegan como los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales, puesto que se convierten en la regla frente a los derechos fundamentales que son la excepción que podría restringir las libertades. Además, entiende acertadamente que la cuestión no está tanto si las libertades económicas fundamentales se pueden o no ver como derechos sino su estatus normativo en relación con ellos⁴⁴. O ASHIAGBOR, que argumenta que el Tribunal de Justicia ha asumido un mayor rol en la eliminación de las restricciones a las libertades económicas fundamentales a través de un proceso de integración negativa, que no en la defensa de los derechos fundamentales; y en el lenguaje de la Corte se podría ver que éste considera las cuatro libertades fundamentales como el centro del proyecto europeo⁴⁵.

12. Algunos autores, no obstante, han sido críticos con esta “conceptualización” como derechos fundamentales de las libertades económicas; aunque han hecho una salvedad con la libre circulación de trabajadores.

Así, por ejemplo, BOGDANDY sostiene que salvo la libre circulación de trabajadores, las otras libertades del mercado no son realmente derechos y además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esos casos no respondería una jurisprudencia de derechos humanos⁴⁶.

Por su parte, BIONDI entiende que si bien en la práctica las cuatro libertades han sido tratadas por el Tribunal de Justicia como derechos fundamentales, considera que por regla general el Tribunal se habría resistido a la tentación de construir una jerarquía de derechos, con la excepción del especial caso de la libre circulación de trabajadores, donde el Tribunal de Justicia sí asumiría un rol muy similar al del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo⁴⁷.

Efectivamente, pues como sostienen Oliver y Roth las libertades relacionadas con la circulación de personas tiene más facilidad para ser vista como derechos fundamentales en la medida en que se pueden encontrar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, mientras que no ocurre lo mismo con las otras. En efecto, estos autores razonan que esta mayor vinculación de las libertades relacionadas con la libre circulación de personas y los derechos fundamentales quedaría, además, confirmada en la Carta de los Derechos Fundamentales, donde los artículos 7 y 15 establecen el respeto de la vida privada y familiar, y la libertad de trabajar en cualquier Estado miembro. En cambio, no encuentran que respecto a la libre circulación de bienes se pueda encontrar la misma vinculación o similitud. De hecho, del estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia concluyen que no se puede aseverar la conceptualización como derechos fundamentales, pero tampoco habría que excluir que la libre circulación de bienes pueda vincularse a la libertad de expresión (cuando las restricciones afectan, a la importación o exportación de libros, revistas o videos); o incluso a la libertad de empresa⁴⁸.

13. Pero lo cierto es que esta categorización de las libertades económicas como derechos plantea problemas de construcción conceptual, puesto que es una identificación que esconde una construcción bastante limitada, quizás con la única como excepción de la libre circulación de personas⁴⁹.

⁴² J. KRZEMINSKA, “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?” op. cit., pp. 5 y 6.

⁴³ M. Poiares Maduro, “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the European Union”, en P. ALSTON, A. CASSESE, C. LALUMIÈRE, P. LEUPRECHT, (eds.), *An EU Human Rights Agenda for the New Millennium*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 452

⁴⁴ M. LINDFELT M., *Fundamental Rights in European Union – Towards Higher Law of the Land?*, op. cit., pp. 196 y 208

⁴⁵ D. ASHIAGBOR, “Labor Rights in the Era of Globalization”, op. cit., p. 237

⁴⁶ Vid. A. BOGDANDY, “The European Union as an Human Rights Organization?”, *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 6, 2000, pp. 1326-1327.

⁴⁷ A. BIONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 9, n.1, 2004, pp. 53-54

⁴⁸ Nos remiten a estos efectos a las sentencias del Tribunal de Justicia *Alemania c. Consejol*, C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367, apartado 78; *Metronome Musik*, C-200/96, ECLI:EU:C:1998:172, apartado. 21. Vid. P. OLIVER Y W. H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, (I), op. cit., p. 408.

⁴⁹ Y esto puede disminuir, de alguna manera, la importancia de la diversidad legal del constitucionalismo europeo. Vid.

Entonces, cabría preguntarse ¿las libertades económicas fundamentales constituyen derechos fundamentales? Si bien en sentido estricto no es así, estaríamos ante un sutil cambio de una noción de libertad de mercado hacia derechos de mercado, que habría ganado cierta aceptación generalizada, si bien no universal, llegándose incluso a hablar de un derecho fundamental a la libertad de comercio (*fundamental right to freedom of trade*),⁵⁰ o de que forman parte de la libertad de empresa⁵¹.

14. Sin embargo, a pesar de esta preocupación doctrinal por la construcción conceptual de las libertades económicas como derechos fundamentales es discutible si gozan realmente de este estatus en los Tratados, y también en la práctica, esto es, en los resultados de las sentencias del Tribunal; que es lo más importante para comprender la relación entre ambas categorías⁵².

Y para estudiar la relación práctica entre libertades y derechos habría que acudir primero a la regulación en los Tratados,⁵³ y sobre todo, verificar que relevancia van a tener en la práctica juríspudencial. Es decir, cuando interactúan con los derechos fundamentales hay que estudiar si van a mantener una relación que se pueda calificar de jerárquica o incluso de subordinación de unos respecto a otros, porque lo cierto es que ambas categorías van a interactuar, y en dicha relación bidireccional pueden mostrar tanto sinergias positivas como también conflictos, aunque a éstos últimos ya hemos tenido ocasión de aproximarnos en otro lugar⁵⁴. Por eso vamos a detenernos a estudiar algunos casos de sinergias positivas.

A. BONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 53; M. POIRES MADURO, “Reforming the Market or the State?: Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, *European Law Journal*, vol. 3, n. 1, 1997, p. 55.

⁵⁰ D. ASHIAGBOR, “Labor Rights in the Era of Globalization”, op. cit., pp. 237-238.

⁵¹ EVERLING, *Wirtschaftsfreiheit im europäischen Binnenmarkt – Anspruch und Realität*, en Schwarze (ed.), *Wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, Nomos, 2001. Cit. por P. OLIVER Y W. H. ROTH, “The internal market and the four freedoms” (1) op. cit. nota 18, p. 410. En esta línea, MADURO razona que estamos ante un derecho político fundamental y una libertad económica fundamental, utilizando las expresiones “fundamental political rights” y de “fundamental economic freedom”, razonando sin embargo, que hay un riesgo de atribuir a las libertades del mercado un estatus superior del que gozan los propios derechos fundamentales. M. POIRES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford y Porlant, 1998, pp. 166-168. KINGREEN las entiende como derechos públicos subjetivos (“subjektiv-öffentliche Rechte”), KINGREEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Duncker & Humblot, 1999, p. 15, cit. P. OLIVER Y W. H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, (1) op. cit., p. 410 y ss. Y BAQUERO CRUZ habla de derechos constitucionales pero no derechos constitucionales fundamentales, J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2002, p. 81. GERKRATH sí les llama “economic constitutional rights” y “the principal elements of the economic Constitution of the Community”, G. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Université de Bruxelles, 1997, p. 315. CHEREDNYCHENKO considera que las libertades constituyen los principios clave de la constitución económica, vid. CHEREDNYCHENKO, O.O., *Fundamental rights, Contract Law and Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, op. cit., p. 195. HELISKOSKI las califica de “super rights” frente al segundo lugar que ocuparían los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, J. HELISKOSKI, “Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which paradigm?” en J. PETMAN, H. KLABBERS, (eds.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskeniemi*, Martinus Nijhoff Publishing, Leiden, 2004, pp. 417-443. Finalmente, KRZEMINSKA resalta la importancia de diferenciar las libertades fundamentales de los derechos fundamentales, para poder entender mejor su relación y sus conflictos. Vid. J. KRZEMINSKA, “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?”, op. cit., p. 5

⁵² Y es que como razona BONDI esta conceptualización “minimises the impact of the case law of the ECJ and its discourse”, que es lo realmente importante. Vid. A. BONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 53.

⁵³ Como se ha dicho con brillantez: “At the end of the day, the essential issue is not whether the four freedoms are to be categorised as fundamental rights, but rather their relative importance in the Treaty”, P. OLIVER, “Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty”, en T. TRIDIMAS, Y P. NEBBIA, *European Union Law for the Twenty-First Century: Internal Market and Free Movement Community Policies*, vol. 2, Hart Publishing, Portland, 2004, p. 166.

⁵⁴ J. SARRIÓN ESTEVE, “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit.

III. Sinergias positivas entre libertades económicas y derechos fundamentales: un pequeño retorno a *Elliniki*

15. Quizá el primer gran ejemplo es *Elliniki* (también conocida como *ERT*)⁵⁵ el Tribunal de Justicia afirmó que los Estados miembros debían respetar los derechos fundamentales cuando aplicaban el entonces llamado Derecho comunitario. Además, ese respeto era exigible también cuando se trataba de aplicar una excepción a las obligaciones de los Tratados; de tal forma que un Estado miembro a la hora de tomar medidas que restringieran una libertad económica fundamental no sólo debía tener en cuenta que debía ser una restricción que debía estar justificada, como venía exigiendo la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia, sino que debía también respetar los derechos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho comunitario⁵⁶.

Se trataba de un caso en el que una empresa llamada Elliniki Radiofonia Tileorasi (ERT) tenía concedidos los derechos de retransmisión televisiva de forma exclusiva, y el Alcalde de Tesalónica decidió crear una sociedad municipal de información que se dedicaría también a dicha actividad. ERT solicitó en vía judicial la prohibición de la actividad para la empresa municipal. El Tribunal de Gran Instancia de Tesalónica decidió plantear una cuestión prejudicial, planteando la adecuación del monopolio griego en la televisión con respecto al Derecho comunitario, y también en relación con el respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que dicho monopolio era contrario al Derecho comunitario, puesto que restringía la libre prestación de servicios, siendo sólo excusable si la medida nacional de establecimiento del monopolio fuera una disposición limitativa permitida en el Tratado. El Tratado permitía la limitación de la libre prestación de servicios cuando se justificara en razones de orden público, seguridad o salud públicas (arts. 56 y 66 del entonces TCEE). Pero el Tribunal de Justicia añadió un requisito más, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho comunitario, dentro de los que se encontraba la libertad de expresión establecida en el art. 10 del Convenio de Roma⁵⁷.

16. La idea que subyace en la doctrina sentada en *Elliniki* es que las eventuales restricciones o limitaciones que se puedan adoptar en relación a las libertades económicas deberán respetar los derechos fundamentales que están recocidos como principios general del DUE.

Si bien se criticó un uso de los derechos fundamentales como un instrumento al servicio del mercado y sus libertades fundamentales;⁵⁸ lo cierto es que en este asunto tanto derechos fundamentales como libertades económicas encuentran un vínculo de carácter positivo.

A la hora de considerar medidas nacionales que afecten al mercado, éstas medidas restrictivas de las libertades económicas deben respetar los derechos fundamentales. En otras palabras, libertades fundamentales del mercado (o económicas) y derechos fundamentales van de la mano, y de alguna manera las libertades económicas coadyuvan a potenciar el respeto de los derechos fundamentales, son el punto de conexión. Ahora bien, sí hay que reconocer que se puede apreciar cierta instrumentalización de la tutela de los derechos fundamentales, que servirían para apoyar la posible no conformidad de medidas nacionales restrictivas de las libertades fundamentales del mercado⁵⁹.

⁵⁵ Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

⁵⁶ Vid. la aseveración del Abogado General Jacobs de que “if the restriction proves to be permissible under Community law, then it must still applied with respect for human rights”, F. G. JACOBS, “Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice”, *Eureopan Law Review*, n. 4, 2001, pp. 331-337.

⁵⁷ Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, apartado 45.

⁵⁸ Vid. A. BONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit p. 55; también J. COPPEL y A. O’NEIL, A., “The European court of Justice: Taking Rights Seriously”, *Common Market Law Review*, vol. 29, n. 4, 1992, p. 689.; y T. PERIŠIN, “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 2, 2006, p. 73.

⁵⁹ Hay que tener en cuenta que los párrafos 41 a 45 de *Elliniki* se reproducen en las conclusiones del Abogado General JACOBS en el asunto *Konstantinidis*, C-168/91, ECLI:EU:C:1992:504, en el apartado 42. Lo curioso del caso es que el Tribunal de Justicia en el apartado 45 no considera necesario dar una específica orientación sobre la conformidad del monopolio de televisión griego al Derecho comunitario, todo y que se supone que ésta sería su tarea, limitándose a encomendar que la corte

17. Estamos ante una sentencia que constituyó un punto muy relevante en la agenda europea de protección de los derechos fundamentales⁶⁰, pero que también sirvió para poder determinar mejor el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE.

En efecto, el Tribunal de Justicia ya había dicho que los derechos fundamentales eran vinculantes no sólo para las instituciones europeas (*Defrenne*)⁶¹, sino también para los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario (*Wachauf*).⁶²

Pero la doctrina sentada en *Elliniki* es muy significativa, ya que en *Wachauf* el ámbito de normas nacionales que se sujetaban al control de la protección de los derechos fundamentales del Derecho de la UE estaba circunscrito a las medidas nacionales que traspusieran una directiva, es decir, que implementaran Derecho comunitario, mientras que *Elliniki* implica una ampliación de dicho control a las normas nacionales cuando las mismas recaen dentro del ámbito del Derecho comunitario;⁶³ porque se está limitando o aplicando una restricción a una libertad fundamental del mercado. En este sentido, algunos autores han planteado que podemos apreciar dos líneas jurisprudenciales distintas que tendrían como punto de partida *Wachauf* y *Elliniki*⁶⁴.

IV. Algunas notas sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (de la UE) tras Lisboa

18. El problema de determinar con precisión el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, y por tanto, también el de la protección de los derechos fundamentales de la UE sigue abierto, y es un problema que afecta también al ámbito de aplicación de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁶⁵ que, no olvidemos, es sólo uno de los instrumentos fuente del sistema (autónomo) de protección de los derechos fundamentales de la UE que se enumeran en el art. 6 TUE.

Es el art. 51.1 CDFUE el que trata esta cuestión, y dispone que:

*“Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.”*⁶⁶

nacional examine dicho monopolio a la luz del art 10 del Convenio de Roma. Vid. P. CRUZ VILLALÓN, “All the guidance”, ERT and Wachauf”, en M. POIARES MADURO, y L. AZOULAI, (eds.), *The Past and Future of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2010, p. 166.

⁶⁰ Efectivamente, para CHALMERS *Elliniki* o ERT supuso un cambio de rumbo en la Unión Europea al propiciar que los derechos fundamentales se hayan convertido en una parte más importante del discurso político europeo. Vid. D. CHALMERS, “Looking Back at ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda”, en en Poiares Maduro, M., y Azoulai, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon 2010, pp. 140-150.

⁶¹ Además, podemos decir que la línea jurisprudencial que tiene inicio en *Elliniki* ha tenido sus frutos, y se ha aplicado tanto en materia de libre circulación de mercancías en relación con la libertad de expresión en la sentencia *Karner* (Sentencia *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, C-71/02, ECLI:EU:C:2004:181.), como también en materia de libre circulación de personas y trabajadores en relación con el derecho a la vida familiar en la sentencia *Carpenter* (Sentencia *Mary Carpenter*, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434). Sobre *Elliniki* y las sentencias que le siguen se puede consultar el análisis de M. DÍAZ CREGO, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009, p. 142.

⁶² Sentencia *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne SABENA*, C-149/77, EU:C:1978:130.

⁶³ Sentencia *Hubert Wachauf v. Germany*, C-5/88, EU:C:1989:321.

⁶⁴ A. BONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit. p. 55.

⁶⁵ D. SARMIENTO, “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe”, *Common Market Law Review*, n.50, 2013, pp. 1275-1277.

⁶⁶ J. SARRIÓN ESTEVE, “Actual Trends and Challenges of the Constitutional Fundamental Rights and Principles in the ECJ Case Law from the Perspective of Multilevel Constitutionalism”, September 4, 2015, accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2656394>, pp. 11-12.

⁶⁷ Negrita del autor.

19. La interpretación del sentido del art. 51.1 CDFUE cuando se refiere al ámbito de aplicación de la Carta en lo referente a los Estados miembros (cuando “apliquen el Derecho de la Unión”) hay que entenderlo en un sentido amplio, es decir, no limitado a normas nacionales de implementación o trasposición, sino a cualquier norma que entre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, es decir, habría que aplicar la doctrina *Elliniki*. Y ello a pesar que la versión inglesa del art. 51.1 hable de implementación (*implementing*)⁶⁷ en lugar de aplicación, lo que podía generar ciertas dudas, a pesar de que las Explicaciones de la Carta referentes a este artículo utilicen una expresión más genérica como actuar en el ámbito del Derecho de la UE, pues citan a su vez diversas sentencias, entre ellas *Wachauf y Elliniki*⁶⁸.

Realmente, la redacción en lengua inglesa puede generar una duda terminológica, por lo que debería haberse utilizado un término más amplio. Pero desde el punto de vista del sentido que se pretende dar, según las explicaciones, se aprecia claramente la voluntad de ampliar el ámbito, y por tanto, no circunscribirlo a la implementación, sino a la aplicación o actuación en el marco del Derecho de la UE. A partir de ahí, la discusión terminológica no me parece, en principio, de mayor interés, puesto que al fin y al cabo la trasposición cae dentro del concepto más amplio del ámbito del Derecho UE⁶⁹.

Pero en *Åkerberg Fransson*⁷⁰ el TJUE tiene la oportunidad de pronunciarse y resolver las dudas que pudieran quedar sobre esta cuestión, determinando claramente que el ámbito de aplicación de la CDFUE en lo referente a los Estados miembros no se circumscribe a las normas nacionales de trasposición, sino que vincula a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito del Derecho de la UE, y por tanto ordenará cualquier norma nacional que caiga dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE⁷¹. Cosa distinta, y que dejamos para otro momento, es delimitar con precisión hasta dónde llega el ámbito del DUE.

V. A modo de conclusión

20. La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea ha evolucionado mucho en las últimas décadas, hasta tal punto que podemos afirmar que se ha configurado un sistema de protección de derechos fundamentales autónomo en el DUE, que tiene sus propios principios y objetivos, distintos de los principios y objetivos de los sistemas de protección constitucionales de los Estados miembros y el sistema convencional del Consejo de Europa.

21. Dentro del DUE, las relaciones que mantienen los derechos fundamentales con las libertades fundamentales del mercado interior (o libertades económicas), pueden ser tanto negativas (situaciones de conflicto) como relaciones o sinergias positivas.

22. Este trabajo ha prestado atención a la categorización de las libertades económicas y los derechos fundamentales, y hemos visto cómo la jurisprudencia los ha protegido y configurado, habiendo calificado a las libertades económicas como principios fundamentales, provisiones fundamentales o

⁶⁷ En concreto la expresión es “when they are implementing Union law”.

⁶⁸ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law: Text and Materials*, 3^a edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 280

⁶⁹ J. SARRIÓN ESTEVE, “Actual Trends and Challenges of the Constitutional Fundamental Rights and Principles in the ECJ Case Law from the Perspective of Multilevel Constitutionalism”, op. cit., p. 12.

⁷⁰ *Åklagaren v. Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU: C: 2013:105.

⁷¹ No obstante, es interesante, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, que el sistema autónomo de protección de derechos fundamentales del DUE (que incluye la Carta) efectivamente va a aplicarse sobre cualquier norma nacional que caiga dentro del ámbito de aplicación del DUE, pero con una distinta intensidad en función del margen nacional existente, cuestión que el TJUE analiza tanto en *Melloni* (C-399/11, EU:C:2013:107) como en *Åkerberg Fransson*; porque si no hay margen nacional y el supuesto está completamente regulado por el DUE, entonces no cabrá aplicación del sistema de protección de derechos fundamentales nacional, y por ende, podríamos estar ante una inaplicación del sistema o estándar de protección constitucional en este caso concreto. Esta cuestión he tenido oportunidad de tratarla en extenso en J. SARRIÓN ESTEVE, “Supremacía Constitucional y Primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso *Melloni*”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, 2016 (en prensa).

fundamentos de la Comunidad, e incluso derechos fundamentales; pasando por cómo la doctrina lo ha racionalizado, destacando tanto las similitudes como las diferencias. Aunque quizá la conclusión de ello es que, al final, lo relevante no es tanto la cuestión semántica como los resultados de las relaciones entre derechos fundamentales y libertades económicas, y ello, fundamentalmente, se puede apreciar tanto en los Tratados como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Atendiendo a la jurisprudencia de éste último merece la pena destacar que efectivamente pueden existir sinergias positivas muy importantes, como ocurrió precisamente en *Elliniki*⁷². Sentencia que constituye un punto de inflexión relevante fruto de esta relación positiva que permitió potenciar el ámbito de aplicación del sistema de protección los derechos fundamentales del DUE, que -incluyendo la CDFUE- se va a imponer no sólo a las instituciones de la UE, sino también a los Estados miembros en el ámbito de aplicación del mismo DUE, tal y como se confirmada en *Åkerberg Fransson*⁷³.

⁷² Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

⁷³ *Åklagaren v. Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU: C: 2013:105.

INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA MIFID EN CUANTO A LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y EVALUACIÓN DEL CLIENTE: CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA*

FAILURE TO COMPLY WITH MIFID RULES REGARDING THE DUTIES OF INFORMATION AND EVALUATION OF THE CONSUMER: CONSEQUENCES IN CONTRACTUAL LAW ACCORDING THE SPANISH SUPREME COURT

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Navarra*

Recibido: 03.02.2016 / Aceptado: 08.02.2016

Resumen: La normativa MiFID impone proporcionar al cliente una información previa sobre el instrumento financiero contratado, y evaluar los conocimientos previos del inversor. Las consecuencias de no cumplir estas obligaciones en el plano contractual corresponde establecerlas a cada ordenamiento nacional, según la STJUE de 30 de mayo de 2013. En España la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el incumplimiento de esos deberes no demuestra la existencia de error, pero sí hace que se “presuma el error”, y que además ese error se “presuma excusable”. Se trata de una interpretación muy general favorable al inversor, que puede suponer una distorsión y fragmentación dentro del mercado único de instrumentos financieros.

Palabras clave: MiFID, protección del inversor, error excusable en la contratación de instrumentos financieros.

Abstract: MiFID rules imposes provide customer prior information about the contracted financial instrument, and evaluate prior knowledge of the investor. The STJUE 30 May 2013 established that the consequences of not meeting these obligations in the contractual plane corresponds to each national law. In Spain the Supreme Court's jurisprudence has established that a breach of these duties does not demonstrate error, but it makes it “presumed error”, and also that mistake is “presumed excusable”. This is a very broad interpretation favorable to the investor, who can produce a distortion and fragmentation in the single market in financial instruments.

Keywords: MiFID, investor protection, excusable error in the use of financial instruments.

Sumario: I. La normativa comunitaria MiFID en cuanto a los deberes de información y de evaluación del cliente. II. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013. 1. Planteamiento de la cuestión prejudicial. 2. La oferta de contratación del swap como “servicio de asesoramiento en materia de inversión”. 3. La excepción del apartado 9 del art. 19 Directiva MiFID. 4. Consecuen-

* Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “El mercado de crédito tras la crisis económica y financiera: el nuevo sistema español y europeo de regulación y supervisión bancaria (II)”, DER 2014-54519-P, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, convocatoria 2014. Investigador principal: José Carlos González Vázquez.

cias contractuales de la inobservancia de las obligaciones de evaluación de riesgos e información. III. Consecuencias del incumplimiento de la normativa MiFID según la jurisprudencia española. 1. La jurisprudencia española sobre el incumplimiento de la normativa MiFID. 2. El incumplimiento de la normativa no ocasiona la nulidad del contrato. 3. El incumplimiento de la normativa y la presunción de error. A) Planteamiento. El error como vicio invalidante del contrato, y su aplicación por el Tribunal Supremo. B) El punto de inflexión: la STS de Pleno 20 enero 2014. C) Jurisprudencia posterior sobre el incumplimiento de los deberes MiFID. 4. La generalización de la doctrina de los deberes MiFID a las situaciones preMiFID. 5. Otras vías no planteadas, y por ello no resueltas. IV. Conclusiones.

I. La normativa comunitaria MiFID en cuanto a los deberes de información y de evaluación del cliente

1. En 2004, la aprobación de la Directiva normalmente conocida como MiFID (Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros) supuso una pequeña revolución en los mercados de valores de la mayoría de los países comunitarios, al imponer toda una serie de obligaciones formales y requisitos de organización para las empresas intermedierias en servicios de inversión. La Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, también había supuesto una revolución en su momento, al establecer las condiciones en que las empresas de inversión podían prestar determinados servicios. Pero la Directiva MiFID (que derogó la Directiva 93/22/CEE) constituía varias «vueltas de tuerca» en la organización del sistema. Los tres ejes fundamentales de la reforma podrían cifrarse en: la ampliación de los servicios e instrumentos financieros regulados por la norma (singularmente, la extensión a los derivados financieros); el incremento de la protección al cliente (en cuanto a la información previa y posterior al contrato, y al conocimiento de tal cliente); y mayores requisitos para la autorización y operativa de las empresas de inversión, que diera lugar a una armonización para que pudieran prestar servicios en toda la Comunidad Europea¹.

2. Como era de esperar, el sistema sigue modificándose, y recientemente se han aprobado ya nuevas normas que sustituyen y derogan al paquete MiFID (ahora ya normalmente denominado MiFID I). Esta normativa está constituida por el Reglamento (UE) núm. 600/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, relativo a los mercados de instrumentos financieros (MiFIR) y la Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II). Estas normas amplían aún más el ámbito de la regulación a nuevos instrumentos financieros, segmentos de contratación de tales instrumentos (incluyendo mercados extrabursátiles), y operadores relevantes (agencias de calificación crediticia, proveedores de información, etc.); y además, establecen reglas de gobierno corporativo para los intermedierios financieros, que eviten la asunción excesiva de riesgos². Por ende, se ha instaurado una nueva regulación de prevención del abuso de mercado mediante el Reglamento (UE) núm. 596/2014, de 16 de abril, sobre el abuso de

¹ A partir de la Directiva MiFID (así llamada por el título *Market in Financial Instruments Directive*) fueron surgiendo normas de desarrollo que configuran el normalmente llamado “paquete MiFID”: singularmente, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva; y el Reglamento 1287/2006, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado y la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

² Acerca de la reforma que supone MiFID II véanse, fundamentalmente, A. J. TAPIA HERMIDA, “La nueva arquitectura del Derecho Comunitario del Mercado de Valores. Comentario urgente a los Reglamentos y Directivas sobre el mercado de instrumentos financieros y el abuso de mercado”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 14, 2014, pp. 1-32, y J. CANTA – L. DURET, “MIFID II: estudio sobre la reforma de la Directiva de Mercados Financieros”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 9, 2011, pp. 319-325. Específicamente sobre las nuevas obligaciones en materia de asesoramiento M. L. FERRANDO VILLALBA, “Extensión y límites del deber de informar al inversor en MIFID II: conflictos de interés y asesoramiento financiero”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 13, 2013, pp. 101-119.

mercado y la Directiva 2014/57/UE, de 16 de abril, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado. Curiosamente, en España se acaba de elaborar un texto refundido de la Ley de Mercado de Valores que ya desde un inicio se sabe que deberá ser reformado para trasponer en lo que sea necesario, precisamente, toda esta nueva normativa.

3. La normativa MiFID se traspuso en España a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley de Mercado de Valores. Los cambios en esta norma fueron muchos, y de gran calado. El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, de régimen jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión desarrolló aún más esta reforma y la transposición de la normativa comunitaria³. La Ley 47/2007 entró en vigor al día siguiente de la publicación en el BOE (publicación que tuvo lugar el día 20 de diciembre de 2007). Sin embargo, la disposición transitoria Primera estableció que “Las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley”. Por eso a veces se manifiesta que la nueva normativa entró en vigor el 21 de junio de 2008, pero no es correcto⁴.

4. Por lo que interesa a nuestro estudio, MiFID I introdujo toda una serie de reglas de protección del interés del inversor. Precisamente la Sección 2 del Capítulo II (capítulo relativo a las “Condiciones de funcionamiento de las Empresas de Inversión”) lleva este título, “Disposiciones para garantizar la protección del inversor”. Estas reglas se traducen, fundamentalmente, en: mayor información al cliente sobre los productos financieros (art. 19.1 a 3); obtención de información por parte del intermediario acerca de los conocimientos y experiencia del cliente (art. 19.4 a 9); regulación de la prestación de servicios por medio de otra empresa de inversión (art. 20); obligación de ejecutar órdenes en las condiciones más ventajosas para el cliente (art. 21); normas de gestión de órdenes de clientes (art. 22); obligaciones de las empresas de inversión que designan agentes vinculados (art. 23); y operaciones ejecutadas con contrapartes elegibles (art. 24). De todas ellas nos centraremos en el art. 19, porque es el que ha planteado la cuestión en la jurisprudencia española.

5. El art. 19 de la MiFID I lleva como título “Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes”. Como regla general establece que los Estados miembros exigirán a las empresas de inversión que actúen “con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes”. Y como desarrollo de este requisito deduce dos grupos de reglas diferentes: información previa de los productos, y conocimiento del cliente.

6. En cuanto a la primera cuestión, el precepto establece que toda “la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas”; y a continuación exige una información adecuada con un contenido mínimo. La finalidad de todo ello es que “les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa”. En definitiva,

³ Véase además la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros (redacción tras la reforma introducida por la disp. final tercera Circular 1/2014 CNMV); y la “Guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad”, disponible en http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaConvenienciaIdoneidad.Pdf. Se trata de normativa vinculante para las empresas de inversión, que sin embargo no suele ser tomada en cuenta por los tribunales de justicia.

⁴ Postulaban que no podía exigirse el cumplimiento de las obligaciones MiFID más que transcurridos los señalados seis meses S. AGUILAR LOBATO – H. D. MARÍN NARROS, “La aplicación de la normativa MiFID y el art. 79 quáter de la LMV en los contratos bancarios conforme a la interpretación efectuada por la STJUE de 30-5-2013, por la SAN de 15-7-2013 y por la jurisprudencia del T.S.”, *RCDI*, núm. 749, 2015, pp. 1701-1702. Sin embargo estos autores reconocen que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se aplica, de hecho, como si las obligaciones debieran cumplirse ya desde diciembre de 2007. Expresamente en este sentido de que entró en vigor en diciembre de 2007, y no a los seis meses, STS de 15 de diciembre de 2014. En igual sentido J.M. BUSTO LAGO, “Comentario a la STS de 29 de octubre de 2013. Contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap): ausencia de error invalidante. Improcedencia de la aplicación de la regla «*rebus sic stantibus*»”, *CCJC*, núm. 95/2014, pp. 430.

se trata de un desarrollo de la idea de información previa adecuada sobre el producto financiero, con especial incidencia sobre el tipo de riesgo asumido con tal producto. Como la información ha de ser imparcial, clara, no engañosa, adecuada, cualquier incumplimiento de estos parámetros supondría una infracción de la Ley. La regla no se aparta de lo que sería un derivado natural del deber de buena fe en la negociación recogido en los arts. 7.1 o 1258 CC.

7. La segunda cuestión constituye una de las novedades más relevantes de toda la reforma, y también una de las más conocidas. Como correlación al deber de información veraz, se impone además que la empresa de inversión “conozca a su cliente” (*know-your-costumer*), para asesorarle convenientemente en sus decisiones de inversión, o para indicarle si el producto que quiere contratar es acorde con sus conocimientos y perfil inversor. Este deber de conocer al cliente se desdobra en dos, en función del servicio ofrecido al cliente:

- a) Si se presta asesoramiento en materia de inversiones o se realiza gestión de carteras, “la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan”. Para obtener esta información en la práctica se impone que la entidad realice un “test” al cliente que se denomina, en la jerga financiera, el “test de idoneidad” (*suitability assessment*). A partir de ahí, la empresa de inversión recomendará sólo productos que convengan al perfil del cliente.
- b) Si se prestan servicios de inversión distintos de los anteriores (fundamentalmente, cuando la entidad se va a limitar a ejecutar una orden de inversión que le da el cliente), las empresas de inversión deben pedir “al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente”. Para obtener tal información se suele someter al cliente al llamado “test de conveniencia” (*appropriateness assessment*). Además, si la empresa de inversión considera que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Y si el cliente decide no dar información (no someterse al test), la empresa de inversión le advertirá de que “dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él”.

8. Como se aprecia, este deber de “conocer al cliente” supondría también una derivación del deber de buena fe y lealtad. La empresa de inversión debe saber cuáles son los conocimientos del cliente, su experiencia previa en la contratación de estos productos, etc., para poder indicarle bien la inversión más adecuada a tales conocimientos y perfil (si le va a asesorar), bien si el producto que desea contratar es idóneo para él (si va a ejecutar sus órdenes). De esta forma la empresa de inversión no se va a “aprovechar” del desconocimiento o de la inexperiencia del cliente para asesorarle o ejecutar algo que no sea adecuado. Se parte, además, de que en los mercados actuales los productos financieros son a menudo difíciles de entender por quien no es experto, y que los riesgos asumidos pueden ser mucho mayores de los que parezcan a simple vista para dicho no experto. La Ley no impide que la mayoría de productos financieros complejos puedan ser contratados por cualquier inversor, incluso no conocedor de la terminología ni de los riesgos; y por eso a tal libertad de contratación se contrapone el deber de informar y de evaluar de forma previa al cliente acerca de la conveniencia o idoneidad de la contratación. Nótese que la norma no impide que un cliente solicite y obtenga un producto que no se considera “conveniente” para él: simplemente exige que la empresa de inversión le prevenga de forma previa y expresa que considera tal producto no adecuado. Con ello no se atenta contra el principio de libertad de contratación, pero sí se protege al cliente advirtiéndole previamente.

9. La experiencia nos ha mostrado que, en ocasiones, de hecho muchos inversores sin ningún conocimiento y experiencia previos como para saber qué estaban contratando han suscrito productos to-

talmente no-convenientes o no-idóneos para ellos. Y esto ha sido así porque se han realizado los “tests” que correspondían y las advertencias pertinentes, pero todo ello “enmascarado” dentro de la vorágine de múltiples papeles que se entregan y de múltiples firmas que el inversor pone sin leer lo que firma. Esto ya es un problema distinto, de “claridad” en la información y en las advertencias previas a la contratación, que normalmente podrá ser atacado basándonos en la normativa de las condiciones generales de la contratación. Y es un problema, además, que se plantea en todos estos supuestos en que se exige una gran cantidad de información previa: a menudo el exceso de información se convierte no en una defensa del cliente, sino en una desprotección fáctica del mismo (si se le informa claramente de todo antes de contratar, todo ello le será exigible después, aunque le haya pasado inadvertido)⁵.

10. En correlación con todo esto, la Directiva MiFID distingue entre “cliente profesional” y “cliente minorista”. Aquél es “todo cliente que posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones”⁶. “Cliente minorista” es, en cambio, “todo cliente que no sea cliente profesional” (art. 4.1.10 Directiva MiFID). Una empresa de inversión debe clasificar a sus clientes en una u otra categoría, y la información será más exhaustiva para un cliente minorista, que se halla así más protegido⁷.

11. En España el paquete normativo MiFID I fue traspuesto mediante la Ley 47/2007. Esta norma introdujo en la Ley de Mercado de Valores, entre otros muchos nuevos preceptos, los arts. 78 bis (“Clases de clientes”) y 79 bis (“Obligaciones de información”), que recogen las reglas antes señaladas. En el nuevo texto refundido de la Ley de Mercado de Valores se corresponden con los arts. 203 a 220.

12. Existe una cierta propensión a identificar estas reglas de protección del inversor con las normas de protección de consumidores. Resulta obvio, sin embargo, que la categoría de «consumidor» y de “cliente minorista” no tienen relación alguna, ni existe correlación entre ellas. Ciertamente lo ordinario será que todo inversor que actué como consumidor al invertir (esto es, que actúe “con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, art. 3 LGDCU) sea, además, cliente minorista; pero podría no ser así (una persona con conocimientos muy especializados en mercados financieros, y que se dedique profesionalmente a otras cuestiones, podría quizás obtener la calificación de “cliente profesional”). De todas formas la protección de la MiFID se ofrece a todo inversor no profesional, sea persona física o jurídica, empresario o no empresario, etc. Y, por supuesto, si el cliente minorista actúa, además, como consumidor, a ese negocio serían aplicables ambos bloques normativos (protección del inversor en el mercado de valores, y protección del consumidor), con perfiles y matices propios⁸.

⁵ Que el exceso de información a menudo supone todo lo contrario a la defensa del cliente se ha puesto de manifiesto por los autores. Con especial referencia a los mercados financieros, J. BURKE, “Investor protection under MiFID: cure worse than the disease”, pp. 11-19, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1329871>. En relación con las normas de protección del consumidor, A. CARRASCO PERERA, “Desarrollos futuros del Derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de derechos de los consumidores”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.) – E. ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 314-315.

⁶ Véase Anexo II de la Directiva, que establece los criterios que deben cumplirse para incluir a un cliente en esta categoría. En este anexo se regula qué clientes se consideran profesionales, y qué clientes pueden ser tratados como profesionales si así lo solicitan. A los primeros las empresas de inversión deben advertirles, antes de prestar servicio alguno, de que se le considera cliente profesional y se le tratará como tal, a menos que se acuerde otra cosa (el cliente podría solicitar la protección propia de un minorista, es el llamado *downgrading*). En cuanto a los segundos, si solicitan ser tratados como profesionales (el llamado *upgrading*, para lo cual se establece un procedimiento específico) supone una cierta renuncia a la mayor protección otorgada a los minoristas.

⁷ Mayores precisiones sobre la clasificación de los clientes, la categoría de la “contraparte elegible” (un tipo de cliente profesional), la evaluación de la idoneidad y de la conveniencia, etc. se desarrollan en la Directiva 2006/73/CE ya mencionada. Sobre estas cuestiones pueden verse, entre otros muchos, J.P. CASEY – K. LANNOO, *The MiFID Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, ps. 45 y ss., o M. FUMAGALLI, “Classificazione della clientela: il nuovo contesto normativo e le principali differenze rispetto alla previgente disciplina”, en F. DEL BENE (dr.), *Strumenti finanziari e regole MiFID*, Wolters&Kluwer Italia, 2009, pp. 219-233; y, en nuestro país, C. ESPÍN, “La clasificación y la evaluación de los clientes-inversores en la reforma de la Ley del Mercado de Valores”, *Ekonomiaz*, núm. 66, 2007, ps. 164-193; J. L. PULIDO BEGINES, “El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID”, *RDBB*, núm. 130, 2013, pp. 7-45

⁸ En este mismo sentido E. MUÑIZ ESPADA, “Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información”, *RCDI*, núm. 739, 2013, p. 3036.

13. Todas estas nuevas obligaciones cobraron una importancia aún mayor cuando se produjo en nuestro país el fenómeno de la comercialización masiva de las llamadas “participaciones preferentes” entre inversores minoristas, a menudo personas con nulos conocimientos financieros, que difícilmente podrían entender en su totalidad el riesgo aparejado a este tipo de productos. Parte de esa comercialización se produjo estando ya vigente la normativa MiFID, y al parecer muchas entidades no hicieron los test que tendrían que haber realizado; o los hicieron, pero con un contenido bastante poco adecuado para los fines pretendidos; o formalmente aparecían llenados, pero con manifestaciones de los clientes de no haber sido conscientes de haber firmado aquello. Esto planteó el problema de cuáles son las consecuencias, en el ámbito del negocio civil celebrado, de no haber cumplido las obligaciones de información y/o las obligaciones de información acerca del cliente⁹. Y sobre este tema se planteó una cuestión prejudicial (si bien referida a *swaps*) que nos sirve para realizar un análisis jurídico de ciertos aspectos del incumplimiento de la normativa MiFID.

II. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013

1. Planteamiento de la cuestión prejudicial

14. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013 se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid. En este Juzgado se trataban dos litigios relativos a *swaps* de interés, que habían sido contratados como cobertura respecto de préstamos existentes entre las partes¹⁰. Las operaciones de *swap* se habían realizado vigente ya la normativa española que traspuso el paquete MiFID, pese a lo cual no se había realizado ningún test a las entidades que habían contratado con las entidades de crédito. Por ello tales entidades, ambas empresarios personas jurídicas, habían solicitado la nulidad de los *swaps* por el incumplimiento de las obligaciones legales.

15. En esta situación, el Juzgado planteó al Tribunal de Justicia básicamente tres cuestiones: a) si la oferta del *swap* de cobertura contratado debía ser considerado como un “servicio de asesoramiento de inversión”; b) si en tal caso, se aplicaría la excepción del apartado 9 del art. 19 de la Directiva MiFID; y c), finalmente, en el caso de que hubiera tenido que hacerse el test de idoneidad, si la omisión de tal test determinaría la nulidad radical del contrato suscrito entre el inversor y la entidad de inversión.

⁹ Sobre esta problemática véase E. SANJUÁN Y MUÑOZ (dr.-coord.) – J.M. LÓPEZ JIMÉNEZ (dr.), *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes*, Bosch, Barcelona, 2013.

¹⁰ En el contrato de *swap* de intereses, o permuto de intereses, las partes fijan una cantidad (un “importe nocional”, para simplemente aplicar sobre él luego los tipos de interés), y una de ellas pagará a la otra, en los plazos pactados, normalmente un interés fijo sobre esa cantidad, y la segunda a la primera un interés variable calculado en función del tipo de referencia de tal interés variable en ese momento. El pago recíproco se compensa, y finalmente uno de los contratantes deberá pagar al otro el exceso (es lo que se llama la “liquidación por diferencias”, no se realizan pagos recíprocos, sino uno por parte del sujeto que tiene que pagar más que el otro).

Cuando estas operaciones son de “cobertura” (en contraposición a los *swaps* especulativos) es porque normalmente el sujeto que se compromete a pagar el interés fijo tiene un préstamo concertado a interés variable (bien con la misma entidad con la que realiza el *swap*, bien con otra distinta). De esta forma, si la referencia del interés variable sube en exceso, recibirá de la contraparte del *swap* un pago, con el que “compensará” que el interés del préstamo resulta alto para él; y viceversa, si la referencia del interés variable baja, será a él a quien le salga a pagar el *swap*, si bien también el interés del préstamo le resultará bajo. Con el *swap* la empresa se previene ante las subidas del tipo de referencia, pero a cambio de no beneficiarse de las bajadas de tal tipo (el préstamo le saldrá más barato, pero tendrá que pagar la liquidación del *swap*). Véase por todos E. VALPUESTA GASTAMINZA, “Los derivados financieros”, “Las operaciones «swap»”, “Las operaciones «Forward Rate Agreement» (FRA)”, y “Contratos de cobertura de tipo de interés. Las operaciones «CAP», «FLOOR» y «COLLAR»”, en Alfonso L. CALVO CARAVACA - L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Drs.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1030-1108, y, últimamente, FERRI-RICCHI, *El contrato de swap como tipo de derivado*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Téngase en cuenta que cuando se contrataron *swaps* en 2007 o 2008, normalmente el cliente se comprometía a pagar un 4 o 5% sobre el principal nocional, a cambio de recibir el EURIBOR. En aquellos años el EURIBOR se situaba en torno al 4-4,5 %, y el cliente pensaba que no oscilaría demasiado. En 2010 el EURIBOR estaba al 1,23%, y en 2013 al 0,575%, de forma que el cliente tenía que pagar siempre, y unas cantidades además bastante altas. Si no hubiera tenido la permuto, pagaría por el préstamo únicamente el EURIBOR; mientras que gracias a la permuto, pagaba en total el interés fijo del 4 o 4,5 % pactado.

16. Las dos primeras cuestiones planteadas tenían mucha importancia, porque si el *swap* se consideraba un producto “vinculado” o “derivado” del préstamo, entonces el banco habría cumplido ofreciendo la información exigida a este respecto por las normas de ordenación del mercado de crédito. Si, en cambio, el *swap* se consideraba un “instrumento financiero” independiente, para asesorar al cliente sobre su contratación sí habrían tenido que cumplirse las obligaciones propias del mercado de valores. Hay que tener en cuenta, además, que en España había un factor añadido en esta discusión, porque el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores habían emitido una nota conjunta de delimitación de competencias para determinar cuándo un producto derivado estaba sujeto a las normas de supervisión y resolución de reclamaciones propias del mercado de crédito o del mercado de valores¹¹. Obviamente, no se trataba de una norma vinculante, pero sí indicaba los criterios que seguían las autoridades de supervisión a la hora de enjuiciar la correcta comercialización de los productos. Y en el caso concreto, según ese documento parece que el *swap* había sido comercializado como vinculado al producto bancario, y por lo tanto no habría resultado preciso realizar el test de idoneidad. Como veremos, el TJUE establece unos criterios que de hecho abocan a considerar que la permute de intereses sí estaba sometida a la normativa del mercado de valores.

2. La oferta de contratación del *swap* como “servicio de asesoramiento en materia de inversión”

17. La primera cuestión planteada por el Tribunal español se refería a si ofrecer un contrato de permute a un cliente para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que dicho cliente ha suscrito es un “servicio de asesoramiento en materia de inversión” (a los efectos de la Directiva MiFID). No era el problema más relevante, pues tanto si fuera este servicio u otro servicio de inversión, habría que haber cumplimentado uno u otro test (y no se había realizado ninguno). La Directiva MiFID establece que “Asesoramiento en materia de inversión” es “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros” (art. 4.1.4). Como se aprecia lo importante no es de quién parte la iniciativa, sino que la recomendación sea personalizada para ese cliente concreto. El concepto de “recomendación personalizada” se precisa en el art. 52 de la Directiva 2006/73, y la STJUE lo resume señalando que “se entenderá que una recomendación es «personalizada» si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales. No forman parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público”. Lo relevante no es la naturaleza del instrumento financiero ofrecido, sino “la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente” (apartado 53 de la STJUE).

18. De acuerdo con esto, el Tribunal de Justicia no puede determinar si en el caso concreto el contrato de permute financiera contratado derivó de un “asesoramiento en materia de inversión”, o constituía otro servicio de inversión distinto. Esa es una labor que corresponde al Tribunal nacional, que debería decidirla conforme a los parámetros anteriores. Por eso concluye la STJUE que “el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permute financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permute se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como

¹¹ Véase el Documento “Delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura”, puede consultarse en <http://www.cnmv.es/DocPortalInv%5CNovedades%5CES-delimitacion.pdf>

El párrafo inicial de dicha nota era bastante ilustrativo de su sentido: “La presente nota tiene por objeto delimitar los casos en los que las competencias supervisoras y de resolución de reclamaciones que afectan a instrumentos financieros derivados de cobertura de riesgos de tipo de interés o divisa corresponden a la CNMV o al Banco de España. Aunque la supervisión de estos instrumentos financieros corresponde en principio a la CNMV, sin embargo, en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura, el Banco de España, por la vía de la accesoria, resultará competente respecto de un servicio de inversión que aparece ofertado como «parte de ellos»”.

conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público". De acuerdo con esto, lo normal es que la inmensa mayoría de contratos de permuta de intereses de cobertura deban ser considerados como "asesoramiento en materia de inversión", pues aun cuando la iniciativa partiera del cliente, basta que exista una oferta concreta de la entidad basada en las características personales de éste. Hay que tener en cuenta, además, que las permutas de intereses no son productos estándar, sino operaciones diseñadas con cada cliente en las que se determina de común acuerdo el importe nociional, el tipo de interés que asume cada uno en función de preferencias y del contrato al que se da cobertura, etc. En cualquier caso, si no constituyeran un "asesoramiento" sino otro "servicio de inversión" también sería preciso realizar un "test" (si bien sería el de conveniencia, no el de idoneidad).

3. La excepción del apartado 9 del art. 19 Directiva MiFID

19. Más importante que determinar si la oferta del *swap* constituía un "asesoramiento" u otro "servicio de inversión" era, a mi juicio, determinar si resultaba aplicable la excepción prevista en el apartado 9 del art. 19 Directiva MiFID (excepción que es común para ambos supuestos). El art. 19 recoge la obligación de información al cliente y de evaluación del cliente, pero establece dos excepciones en los apartados 6 y 9, y en el caso concreto se planteaba el alcance de esta segunda.

20. En dicho apartado 9 se determina: "En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo"¹². La expresión resulta compleja y un tanto imprecisa. La idea básica sería que si el servicio de inversión es "parte de un producto financiero" que ya tiene sus propias reglas de valoración de riesgos e información, entonces no sería preciso cumplir las del art. 19 Directiva MiFID. Y esto sería así porque la información previa acerca del producto, y la valoración del riesgo del cliente, ya se ha hecho respecto del producto "global", dentro del cual el "producto financiero" es un simple "componente".

21. En el caso concreto respecto del que se plantea la cuestión prejudicial, posiblemente la entidad bancaria habría alegado que el *swap* era un integrante del préstamo concedido a la empresa, una cobertura de tipo de interés para ese préstamo. Y que, por lo tanto, bastaba con haber cumplido la normativa de información y valoración de riesgos propia del ordenamiento bancario, no siendo preciso realizar ninguno de los test propios de la normativa del mercado de valores. Posiblemente, conforme a los criterios determinados en la "nota conjunta" del BE y CNMV antes referida este *swap* estaba conectado al préstamo, y bastaba con haber cumplido las obligaciones establecidas en la normativa bancaria¹³.

22. El problema se desdobra por el TJUE en dos aspectos. En primer lugar, cómo saber si el "servicio de inversión" forma o no parte integrante del "producto financiero". Y en segundo lugar, en el caso de formar parte, si bastaría con que existan normas de evaluación o información para el producto financiero, sean cuales sean, o si sería preciso además que tales normas fueran equivalentes a los test de conveniencia e idoneidad del art. 19 Directiva MiFID.

¹² En la normativa española la regla se traspuso mediante el art. 79 quáter LMV, si bien el contenido se ha modificado en 2104, véase más adelante al final de este subepígrafe.

¹³ Véase este tipo de argumentación de la entidad de crédito, basado en que el *swap* era un producto bancario y no debía cumplir los requisitos del art. 79 bis LMV, en el recurso de casación resuelto por la STS de 26 de febrero de 2015. La Sentencia desestima estos argumentos basándose en la STJUE *Genil*, y en el hecho de que los contratos de permuta financiera se incluyen como instrumentos financieros en la sección c).4 del anexo I de la Directiva MiFID. Señala también que este tipo de argumentos era bastante común en las alegaciones de las entidades de crédito E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «Los swaps también han de cumplir la directiva MiFID: STJUE 30 de mayo de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6 (octubre 2013), pp. 77-83. Al respecto véanse las distintas posturas doctrinales que defendían la aplicación o no de la normativa MiFID a los *swaps* de cobertura en AGUILAR LOBATO – MARÍN NARROS, *op. cit.*, pp. 1702-1703.

23. En cuanto al primer aspecto, constituye una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el Tribunal nacional. Pero el TJUE puede aportar, al resolver sobre la cuestión prejudicial, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación. Y así lo hace en su Sentencia, señalando que “A este respecto, el hecho de que la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepase la del citado producto, de que un instrumento financiero único se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente o de que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese mismo servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto al apreciar el vínculo entre el servicio y el producto financiero”. Estos “indicios” que determina el TJUE son coincidentes, en muchos aspectos, con los incluidos en la nota conjunta BE – CNMV antes referida. En definitiva, se trata de determinar si el servicio de inversión constituye una “cobertura” directamente ligada al producto financiero; en el caso debatido, si la permuta financiera se contrató en relación con el préstamo (en la nota conjunta se toma en cuenta también, por ejemplo, si el importe nocional del *swap* era el importe del préstamo concedido).

24. En cuanto a la segunda cuestión, debe determinarse si las disposiciones o normas en materia de evaluación o de información, mencionadas en el art. 19.9 Directiva MiFID, a las que ya está sujeto el producto financiero de que se trata deben ser similares a las obligaciones establecidas en los apartados 4 y 5 del mismo precepto. Pues bien, el TJUE comienza destacando que dicho apartado 9 no indica que sea precisa tal similitud. Y, sin embargo, es posible –continúa el tribunal- que las evaluaciones que haya habido que llevar a cabo para contratar el producto financiero, con objeto de proteger a su cliente, no coincidan con las enunciadas en los apartados 4 y 5 del art. 19 (los “test” de idoneidad y conveniencia).

25. El Tribunal concluye que si bien las evaluaciones pueden ser distintas, sí deben referirse a la valoración de riesgos de los clientes y a los requisitos de información, y específicamente sobre el servicio de inversión (esto es, no bastaría con valoración de riesgo e información sólo sobre el préstamo, sino también sobre el *swap*). En palabras de la STJUE: “[...] habida cuenta del objetivo del artículo 19 de la Directiva 2004/39, que, como se desprende del apartado 39 de la presente sentencia, es, entre otros, la protección de los inversores, dichas disposiciones o normas deben permitir la valoración de los riesgos de los clientes o establecer requisitos de información que asimismo incluyan el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39”. Nótese que el Tribunal no exige que las medidas de valoración de riesgo y de información sean equivalentes a las exigidas en la normativa MiFID, pero sí requiere que haya medidas de valoración de riesgo y de información, y que se refieran específicamente al producto de inversión. Sólo en tal caso bastaría con cumplir aquellas medidas propias del producto financiero, y no sería preciso cumplimentar además las art. 19 Directiva MiFID.

26. En definitiva, la Sentencia concluye respecto de estas dos cuestiones: “Resulta de las precedentes consideraciones que el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19”.

27. Precisamente en este segundo aspecto se halla, a mi juicio, la principal diferencia entre lo que establece el TJUE y el criterio que aplicaban en España BE y CNMV. Porque en la nota conjunta se presupone que si el producto de inversión está vinculado al producto financiero, basta con cumplir las normas de protección del cliente bancario. No exige, expresamente, que esas normas también hayan incluido una valoración de riesgos y una información; y menos aún, que la protección (información,

valoración del riesgo) se haya producido específicamente respecto del producto de inversión¹⁴. Quizás pueda interpretarse así, pero no se determina de forma expresa. En definitiva, en este punto el TJUE es más restrictivo a la hora de aplicar la excepción del apartado 9 del art. 19 Directiva MiFID.

28. Hay que destacar que, posiblemente a causa de esta decisión del TJUE, y también para alinearse con trabajos preparatorios europeos, la normativa española ha experimentado un cambio en este punto. Inicialmente la trasposición del apartado 9 del art. 19 Directiva se realizó con un texto literal similar en el art. 79 quáter LMV¹⁵. Pero la reforma operada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, la sustituyó por una regla que está mucho más en línea con lo expresado por el Tribunal: “Las obligaciones de información y registro contempladas en los artículos 79 bis y 79 ter anteriores serán de aplicación a los servicios de inversión que se ofrezcan como parte de otros productos financieros, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de su normativa específica, especialmente aquélla relacionada con la valoración de los riesgos y los requisitos de información a suministrar a los clientes” (actualmente, art. 219 TRLMV). Como se aprecia la nueva regla va incluso más allá de la Directiva y de la doctrina del Tribunal, pues exige cumplir en todos los casos tanto la normativa bancaria como la de valoración de riesgos e información propia de los servicios de inversión¹⁶.

29. En ocasiones, las entidades de crédito han argumentado que el hecho de ofrecer *swaps* en relación con préstamos hipotecarios era debido a la obligación impuesta por el art. 19 de la Ley 36/2003, de 12 de noviembre. En efecto, ésta determinaba que al comercializar préstamos hipotecarios con interés variable debía ofrecerse a los deudores al menos un instrumento de cobertura de riesgo para compensar las subidas de los tipos de interés de referencia; y que también debía informarse de tales instrumentos a quienes ya tuvieran préstamos concertados. Pues bien, esto tampoco es obstáculo para que tales productos derivados sigan siendo instrumentos financieros de inversión, y que por lo tanto respecto de ellos deban cumplirse las reglas de comercialización de la LMV (salvo, se entiende, que estuviera vigente y fuera aplicable la excepción legal antes señalada). Así lo han señalado expresamente dos SSTS de 7 julio 2014 (SSTS 384/2014 y 385/2014). En esta misma línea, la STS de Pleno 30 junio 2015 declaró que un *swap* asociado a un préstamo hipotecario multidivisa debe ser objeto de los test, pues cuando se comercializó el producto financiero objeto del litigio no existía ninguna normativa para entidades de crédito que estableciera obligaciones de información y evaluación del riesgo; por lo tanto, no era aplicable la excepción del art. 79 quáter LMV (correspondiente a la regla 9 del art. 19 Directiva MiFID). Por último, cabe señalar que la Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso-Administrativo, sección tercera) 15 julio 2013 ha señalado que las reglas contenidas en una norma reglamentaria resultan adicionales a la exigencia de cumplimiento de la normativa MiFID, contenida en una norma legal¹⁷.

¹⁴ Además, hay diferencias concretas en cuanto a indicios que para el TJUE lo son de que los productos son autónomos (el no haberse contratado simultáneamente, el referirse el *swap* a dos o más operaciones crediticias, el plazo del instrumento, etc.), véase F. MERCADAL VIDAL – G. HERNÁNDEZ PAULSEN, “La comercialización de *swaps* de tipos de interés como parte de productos financieros. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013”, *La Ley*, núm. 8138, 31 de julio de 2013, p. 4.

¹⁵ Conforme a dicho precepto, redactado por la Ley 47/2007, “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información”

¹⁶ La Exposición de Motivos de la Ley 10/2014 justifica el cambio de esta manera: “Asimismo, se da nueva redacción al artículo 79 quáter con la finalidad de extender el régimen de información al cliente previsto, con carácter general, en los artículos 79 bis y 79 ter, a aquellos servicios de inversión que se pudieran ofrecer vinculados a otros productos financieros. Esto sin perjuicio de que estos otros servicios, como por ejemplo los préstamos hipotecarios, ya cuenten con su propia normativa de transparencia y protección al cliente. De este modo, con el fin de elevar al máximo la protección a los inversores y garantizar la seguridad jurídica y la homogeneidad en la normativa de transparencia aplicable a la comercialización de servicios de inversión, se anticipa en España la extensión de este régimen de información al cliente, en línea con los proyectos normativos de la Unión Europea en materia de mercados de instrumentos financieros”.

¹⁷ En efecto, la recurrente pretendía la nulidad del art. 25 Orden EHA/2899/2011, que establece una información adicional que debe suministrarse al cliente bancario cuando se comercializa un instrumento de cobertura de riesgo del tipo de interés. La Sentencia determina que la información “adicional” que exige ese precepto se adiciona, y no sustituye, a la que sea preceptiva según la normativa MiFID; sin que pueda entenderse que esa norma reglamentaria pueda suponer una excepción a la señalada

4. Consecuencias contractuales de la inobservancia de las obligaciones de evaluación de riesgos e información

30. Como última cuestión, quedaba la relativa a las consecuencias que tendría el incumplimiento de las obligaciones de evaluación de riesgos e información en el plano contractual. El art. 51 Directiva MiFID prevé la imposición de medidas o sanciones administrativas, pero nada se establece acerca de consecuencias contractuales por incumplir esas obligaciones. En los casos planteados ante el Tribunal español, al parecer, los clientes pretendían la nulidad de los contratos de permuta financiera por ser contrarios a Ley en su comercialización (por no haberse realizado los test obligatorios).

31. En este punto el TJUE deja la cuestión abierta (no podía ser de otra manera), pues parte de que la Directiva nada establece acerca de consecuencias en el plano contractual. Y, por lo tanto, “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad”.

32. Por lo tanto, debe ser el derecho nacional el que regule esta cuestión. Y en tal regulación debería respetar los principios de equivalencia (esto es, que la regla no sea menos favorable que la que se aplique a reclamaciones similares basadas en normas de Derecho interno) y de efectividad (es decir, que no esté estructurada de una forma que haga prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión)¹⁸. En España no se ha realizado ninguna regulación de esta cuestión, por lo que la cuestión quedaba abierta a la interpretación de los tribunales. Y aquí radica la importancia de la jurisprudencia en esta materia, pues el Tribunal Supremo español ha sentado una importante doctrina precisamente para estos supuestos.

III. Consecuencias del incumplimiento de la normativa MiFID según la jurisprudencia española

1. La jurisprudencia española sobre el incumplimiento de la normativa MiFID

33. Los años 2014 y 2015 han visto un gran número de Sentencias del Tribunal Supremo relativas a comercialización de instrumentos financieros (en la mayoría de ocasiones permutas de tipos de interés, pero también otros) en las que el alto Tribunal ha fijado doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información y de clasificación de clientes derivados de la normativa MiFID. Como suele ser normal, pese a que existan muchas Sentencias, la mayoría de ellas reitera la doctrina sentada en resoluciones anteriores, de forma que la doctrina se enuncia en unas pocas fundamentales. Hasta 2013 todas estas cuestiones habían sido tratadas por la doctrina y por la “jurisprudencia menor”, con muchas soluciones distintas, y por eso la existencia de jurisprudencia supone una mayor seguridad jurídica para los afectados por estos productos.

34. De la jurisprudencia recaída sobre esta materia hay que recalcar que, como es obvio, viene determinada por el planteamiento y la estrategia seguida por los litigantes. El Tribunal Supremo no puede referirse a otras vías de ataque, o a otras consecuencias jurídicas, que las planteadas por las partes. Por eso no se trata de una doctrina completa acerca de qué consecuencias tiene la infracción de los deberes MiFID desde todos los puntos de vista, sino únicamente respuestas del tribunal a los argumentos expuestos por las partes en sus escritos.

normativa MiFID, traspuesta en los arts. 79 bis y ss. LMV. Sobre esta resolución véanse AGUILAR LOBATO – MARÍN NARROS, *op. cit.*, pp. 1708-1711.

¹⁸ Sobre los principios de equivalencia y efectividad véanse SSTJUE de 13 de mayo de 2007 (asunto C-432/05, *Unibet*) y de 19 de julio de 2012, (asunto C-591/10, *Littlewoods Retail Ltd*).

2. El incumplimiento de la normativa no ocasiona la nulidad del contrato

35. Posiblemente la primera consecuencia que cabe plantear ante la falta de cumplimiento de los deberes impuestos por MiFID sería la nulidad del contrato por contravención de norma imperativa. La obligación de informar sobre el producto y de evaluar al cliente es imperativa, porque no cabe pacto en contra (las partes no podrían excluir esa obligación)¹⁹. Y los actos contrarios a norma imperativa son nulos (art. 6.3 CC)²⁰.

36. Sin embargo, este planteamiento no resulta mayoritariamente aceptado. La propia norma que impone la obligación establece las sanciones para su incumplimiento, que consisten en multas (se calificaba como “infracción muy grave” en el art. 99.2.z bis LMV, lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la CNMV para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas, arts. 97 y ss LMV). Presuponer, por lo tanto, que deba haber otras consecuencias añadidas ya supone una labor interpretativa de cuáles son los intereses protegidos por la norma. En el plano contractual, esas normas administrativas buscan informar al cliente sobre el producto, e informarse sobre las características del cliente, por diversas razones que ya se han señalado antes. Si se incumplen las obligaciones puede haber consecuencias en cuanto al valor de su consentimiento que deberán ser valoradas específicamente en este aspecto, pero de forma independiente. Sólo si la contravención de esas normas supusiera, automáticamente, una falta de consentimiento o un consentimiento viciado podríamos deducir la nulidad del contrato, pero resulta evidente que no es así. El cliente no informado podría ser perfecto conocedor del producto y de los riesgos que conlleva, y la entidad podría conocerle perfectamente por operaciones previas aunque no le haya realizado test alguno para esa operación. Por lo tanto debe huirse de automatismos de este tipo.

37. Esta solución es la seguida también por nuestra jurisprudencia, en los escasos supuestos en los que la defensa del cliente ha seguido la vía de la nulidad del contrato por no haberse cumplido las obligaciones legales de información y evaluación del cliente. Así se establece en la STS 15 diciembre 2014, en un supuesto de contratos celebrados en 2008 sin hacer el test de conveniencia a la persona física que solicitó asesoramiento sobre productos de inversión. Para dicha resolución no procede la nulidad *ex art. 6.3 CC* porque la norma legal ya establece sanciones concretas, y porque “no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014. Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites de la autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)”. Y este criterio se reitera, con cita de ésta, en la STS de Pleno 30 junio 2015.

¹⁹ Cabría quizás plantear si el hecho de que el cliente se niegue a dar información sobre sus conocimientos y experiencia supone una renuncia a la protección que debiera dar la entidad. Pero incluso de aceptarse que así sea -que no lo creo-, la cuestión seguiría existiendo para todos los demás supuestos, que son mayoría (no realización de los test cuando sean obligados, o realización de unos test poco adecuados).

²⁰ En este sentido se expresaba F. REDONDO TRIGO, “La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID”, *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 625-655; parecen admitirlo también MERCADAL VIDAL – HERNÁNDEZ PAULSEN, *op. cit.*, p. 7. En contra, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 432; MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, pp. 3056-3057; o H. D. MARÍN NARROS, “Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los «swaps»”, *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1512-1515; A. CARRASCO PERERA – K. LYCKOWSKA, “Doce tesis sobre las evaluaciones de conveniencia e idoneidad en el protocolo MIFID”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10/2014, pp. 54-56. Dentro de la doctrina italiana véase esta discusión en F. DEL BENE – M.C. POLO, “Sintesi delle principali novità introdotte dal sistema MiFID (concorrenza, protezione investitori e abolizione obblighi di concentrazione degli scambi)”, en F. DEL BENE (dr.), *Strumenti finanziari e regole MiFID*, Wolters&Kluwer Italia, 2009, pp. 71-72, que señalan cómo algunos autores defienden también la nulidad del contrato por contravención de norma imperativa.

3. El incumplimiento de la normativa y la presunción de error

A) *Planteamiento. El error como vicio invalidante del contrato, y su aplicación por el Tribunal Supremo*

38. La inmensa mayoría de reclamaciones por comercialización de derivados financieros, de participaciones preferentes o incluso de bonos de empresa, ha ido por la vía del error como vicio de la voluntad, que haría anulable el contrato. Resultaría curioso descubrir por qué la mayoría de los abogados que defendían a los inversores acudieron a esta estrategia de impugnación y no a otras, quizás más depuradas, pero quizás también más fáciles de argumentar. En todo caso, a la postre se ha mostrado como una vía de ataque tremadamente exitosa, si bien no dejaré de manifestar mi opinión personal crítica respecto de la laxitud con la que los tribunales han aplicado, tan generosamente (sobre todo en el caso del Tribunal Supremo), esta calificación.

39. El error consiste en que la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta; la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada. Y para que constituya un vicio suficiente para invalidar el contrato la jurisprudencia ha exigido, con carácter constante, los siguientes requisitos (véanse, entre otras, SSTS 29 octubre 2013, o 20 enero 2014):

- a) La representación equivocada debe merecer la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Por eso “dificilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia” (STS 29 octubre 2013).
- b) Ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (art. 1266.1 CC).
- c) Debe ser error esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones –respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato– que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. No invalida el error en las percepciones o representaciones que cada contratante hace sobre ciertas circunstancias en consideración a las cuales celebra el contrato, si tales circunstancias no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél.
- d) El error ha de ser excusable. La jurisprudencia valora la conducta de quien se presenta como ignorante o equivocado, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

40. Pues bien, precisamente aplicando esta doctrina nuestro Tribunal Supremo ya había desestimado la anulación por error de permutas de tipos de interés, si el cliente bancario tenía la suficiente formación como para comprender los riesgos aparejados a ese producto. Así, en la ya citada STS 29 octubre 2013 entendió que: “Sentado lo anterior, del escaso relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida no deriva base para entender que la representación equivocada sobre el resultado de la operación, con la que xxx afirmó haber contratado, fuera razonablemente segura. No cabe desconocer que el funcionamiento del contrato se proyectaba sobre un futuro, más o menos próximo, con un acusado componente de incertidumbre. Lo que implicaba que dicha sociedad asumía, de modo evidente, un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia. Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, como xxx, padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable. De los escasos datos de hecho

que, como se expuso, permite conocer la sentencia recurrida, ninguno justifica considerar que los acontecimientos producidos en la ejecución del contrato - en concreto, el resultado finalmente perjudicial de la operación para *xxx* - resultaran contradictorios con la regla contractual voluntariamente creada, en la que el riesgo constituía la esencia de la operación. Por otro lado, con razón afirma la recurrente que la sentencia recurrida debió dar alguna significación al hecho de que *xxx* hubiera entendido válido y vinculante el contrato cuando, en la primera de las liquidaciones anuales, los resultados económicos le fueron favorables o, en la segunda, cuando no le fueron perjudiciales”²¹.

41. En este caso la parte demandante, el cliente, no hizo referencia expresa a la normativa MiFID ni a la normativa anterior relativa a los deberes de información y evaluación de riesgos. Pero había alegado también que la información proporcionada acerca de la finalidad y objeto del *swap* había sido dolosa, insuficiente y parcial, pues no preveía la bajada de tipos de interés y ocultaba las desventajas del *swap*; y que la entidad demandada no se atuvo a los principios de claridad y transparencia que inspiraban las buenas prácticas y usos financieros, pues no le ofreció con la necesaria antelación y sosiego información clara. Este tipo de argumentos no se refutaron expresamente en la resolución, que se limita a los razonamientos antes señalados.

B) El punto de inflexión: la STS de Pleno 20 enero 2014

42. En buena medida la Sentencia principal de la que arranca la doctrina del error aplicada a la comercialización de *swaps* durante 2014 y 2015 es la Sentencia de Pleno de 20 enero 2014. En ella sí se plantea de lleno un supuesto de contrato de permuto financiera de intereses realizado vigente ya la normativa MiFID (el contrato se firmó en junio de 2008), y respecto del cual no constaba realizado test alguno, ni tampoco si el inversor había sido clasificado como profesional o como minorista. El cliente era una persona jurídica empresario, y no existían relaciones comerciales ni bancarias previas entre las partes. La iniciativa de contratar partió de la entidad de crédito, que presentó el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación. La propia resolución califica al *swap* de especulativo, si bien es posible que fuera de cobertura (esto es, que el empresario lo deseara para compensar los efectos de posibles subidas del tipo de interés en sus relaciones negociales previas).

43. En este caso el cliente alegó expresamente la existencia de error o de dolo, argumentando que tenía la condición de minorista y que la entidad financiera había dejado de cumplir con la obligación que le imponía la normativa MiFID (en concreto, no había realizado los test de idoneidad o conveniencia); y también invocó la normativa de consumidores y usuarios. La demanda se estimó en primera instancia, y se confirmó en apelación. En el recurso de casación la Caja alegó la existencia de contradicción en la sentencia recurrida, pues si entendía que se prestó un servicio financiero al cliente, lo que procedía era el test de idoneidad y no el test de conveniencia (que era el que se le imputa a la demandada como no realizado). También insistía en que no todo trato precontractual tiene la consideración de asesoramiento financiero y en este supuesto no lo habría. En todo caso, entendía que los deberes de información pueden realizarse de cualquier forma, sin necesidad de sujetarse a una determinada, y la ausencia de las evaluaciones no puede sancionarse ni con la nulidad del contrato ni con su anulabilidad. Como se aprecia, el pleito se centró (o, al menos, así lo considera el Tribunal Supremo) en el tema de las consecuencias de no haber cumplido los deberes MiFID de información y de evaluación del cliente.

44. El Tribunal Supremo determinó, con carácter previo, que el servicio realizado al ofrecer el *swap* era un asesoramiento en materia de inversión (se basó para ella en la STJUE *Caso Genil*, antes

²¹ Esta Sentencia y la de 21 noviembre 2012 suelen ponerse por la doctrina como el ejemplo típico de la jurisprudencia restrictiva a la hora de aceptar el error como vicio que invalide un negocio de suscripción de un instrumento financiero, véanse A. MORALES MORENO, “Permuta financiera de intereses (*swap*), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la STS de 21.11.2012”, *RDM*, núm. 298, 2013., pp. 426 y ss.; E. PORTILLO CABRERA - T. ROJAS ABASCAL, “Sobre la nulidad por vicio en el consentimiento de los contratos de permuto financiera de tipos de interés. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2014, pp. 1-5; BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 415 y ss.

expuesta), de forma que tendría que haberse realizado el test de idoneidad²². Y entonces trató cuáles son las consecuencias del incumplimiento de este deber en el plano estrictamente contractual. Expongo el conjunto de razonamientos de forma prolífica porque en esta Sentencia se basa la mayoría de resoluciones judiciales posteriores para considerar la existencia del error en el caso de no cumplirse los deberes aparentados por la normativa MiFID; y porque es mi intención no realizar una exposición “parcial” (en el doble sentido de la palabra) de la misma (todas las cursivas incluidas en la exposición siguiente son mías).

45. Parte el alto Tribunal de que “[P]or sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio”; sin embargo, “no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”. El error, en este caso, afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del *swap*. La información y advertencias que la entidad debería haber suministrado al cliente era *“imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento”*. Dicho de otro modo, *“el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacia de lo que contrataba era equivocada”*, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero”. Se añade que en el caso concreto enjuiciado el error se aprecia claramente en la medida en que sólo cuando se recibió la primera liquidación (en contra del cliente) “pasó a ser consciente del riesgo asociado al *swap* contratado”²³.

46. A continuación, y de forma un tanto contradictoria, se señala: “Pero conviene aclarar que *lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo*, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero *no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar* previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información”.

47. Para cerrar este primer grupo de argumentos, se concluye sobre el requisito de la excusabilidad del error: “Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, *el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente*”.

48. Tras esta serie de razonamientos sobre la existencia del error, el Tribunal pasa a valorar qué consecuencias tendría el incumplimiento de los test de adecuación e idoneidad. Y concluye que “En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía *haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía*. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el *swap*, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este

²² Sin embargo, señala acertadamente H.D. MARÍN NARROS, “La cumplimentación de los conocidos como tests MIFID conforme a la interpretación de la STS de 20 de enero de 2014 y del resto de jurisprudencia”, *RCDI*, núm. 751, 2015, p. 3054 que si bien la STJUE exige para que exista asesoramiento que se produzca una recomendación personalizada, no divulgada exclusivamente a través de canales de distribución; en cambio la STS estima que hay asesoramiento porque el contrato lo ofreció el director de la oficina bancaria aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor. Como luego se expondrá, de hechos muchas SSTS ni se plantean si existió verdadero asesoramiento, y mucho menos que no se aplicara la excepción del art. 79 bis LMV (véase 60).

²³ Véase este mismo argumento de que el cliente apreció el error cuando recibió la primera liquidación negativa en SSTS 20 octubre, 28 octubre o 10 noviembre (STS 588/2015) de 2015.

producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, *si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento* y por lo tanto no haya padecido error al contratar, *lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento*. Por eso *la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo*”.

49. Y tras esta frase lapidaria, se concluye con la desestimación del recurso: “En consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de swap, no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio”.

50. A mi juicio, existe una cierta contradicción entre varios pasajes de la resolución: porque tan pronto se afirma: a) que la información y evaluación previas resultan “imprescindibles” para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento; como que: b) el cliente podría tener ya esa información por otras vías (normalmente, por su experiencia y conocimientos en el ámbito empresarial), o el error no lo causa la falta de información sino la falta de conocimiento del producto y los riesgos asociados al mismo. Si se afirma b), entonces habría que concluir la información no es imprescindible, y habrá que determinar, básicamente, si el cliente conocía el producto y los riesgos asociados. Establecer, en cambio, una “presunción de error” supone dar un salto lógico.

51. De igual forma, afirmar lo anterior (lo expuesto sub b) resulta contradictorio con señalar que, si faltó la información y la evaluación, *per se* el error es excusable. Pero la excusabilidad ¿no dependía de la diligencia del cliente? Si el producto contratado, aun siendo un derivado (un “instrumento financiero complejo”), resulta fácil de comprender en función de sus características y de la formación del sujeto, el error no sería excusable, a mi parecer, pese a la falta de más información que la contractual y a la ausencia de evaluación. En este punto, la información y la evaluación no añaden nada a los conocimientos del cliente, y éste no puede prevalecerse de la simple falta de información para anular un contrato que ha comprendido perfectamente, y cuyos riesgos entendía sin problema. Ciertamente en la doctrina se ha señalado que en la excusabilidad influyen los conocimientos de la parte que se equivoca y la información de la contraparte²⁴, pero sin llegar a determinar que la falta de esta segunda suponga una presunción de que el error es excusable.

52. Tampoco el razonamiento de la “presunción de error” sirve para justificar el cumplimiento del requisito de la “seguridad”: la jurisprudencia parte de que no puede haber error si “el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia”. Todo esto, ¿cómo se conjuga con la “presunción de error”? En muchos casos el cliente no se queja de haber comprendido el contrato, sino de no haber podido prever una bajada tan grande de los tipos de interés de referencia (fundamentalmente, del EURIBOR); y los Tribunales consideran esto un error (y hasta se plantean si habría que informar al cliente sobre la evolución de los tipos de interés, véase más adelante 75). Eso ya no sería error sobre un elemento seguro, sino la propia esencia de un contrato especulativo, cuya naturaleza comprendía perfectamente y asumía²⁵. Entonces, cuando la información no habría supuesto “nada más”, ¿puede prevalecerse de la falta de ella para anular el contrato si le conviene?

53. Los derivados suelen denominarse instrumentos “complejos” pero no por ser “complicados” o difíciles de entender, sino por no constituir un título “básico” (a diferencia de, por ejemplo, un depósito bancario de dinero, una acción, o una obligación a interés variable) y no poder liquidarse fácilmente (o

²⁴ A. MORALES MORENO, *op. cit.* pp. 430-431; BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 440; N. ÁLVAREZ LATA, “Sentencia de 20 de enero de 2014. Contrato de permuta financiera con entidad mercantil. Servicio de aseguramiento financiero. Error en el consentimiento: incumplimiento de las obligaciones de información y del test de idoneidad por la entidad financiera”, *CCJC*, núm. 95/2014, p. 650.

²⁵ CARRASCO- LYCZKOWSKA, *op. cit.*, p. 68.

no tener un valor de liquidación predecible)²⁶. Un derivado puede ser muy fácil de entender, por ejemplo una permuta de intereses en la que el empresario asume pagar la resultante de aplicar un interés fijo sobre una cantidad, y recibir la resultante de aplicar un interés variable sobre la misma cantidad; o un “collar”, en el cual el interés variable asumido por el cliente en un préstamo se limita a un máximo y a un mínimo²⁷. De igual forma, en los dos ejemplos señalados resulta sencillo apreciar los riesgos que comporta su contratación, e incluso calcular el resultado de cada liquidación en función de a cuánto esté el tipo de referencia. Si el producto es sencillo y está bien explicado en el contrato, y el cliente tiene una formación financiera que corresponde al tipo de sujeto que es, una de dos: o no existe error, o de existir este sería inexcusable. Si, en cambio, presumimos el error automáticamente por el hecho de que no haya información añadida a la del contrato ni test, sin valorar el tipo de producto ni de cliente, estamos protegiendo de forma injusta al cliente. Éste se podrá prevalecer de la falta de información o de evaluación de riesgo para librarse de unas obligaciones que había comprendido perfectamente²⁸.

54. La doctrina científica que ha comentado esta Sentencia ha puesto de manifiesto estas contradicciones. Así, se ha señalado que una presunción judicial puede usarse para dar por probados unos hechos, pero no puede extenderse a la calificación jurídica (como, en este caso, a la excusabilidad, entre otros elementos); y ninguna norma ampara en este supuesto la creación de una presunción judicial de error vicio o invalidante fundada exclusivamente en el incumplimiento formal de los referidos deberes – el error ha de probarse y no cabe presumirlo- y menos que la técnica y la forma de marketing y de comercialización de un producto o servicio de esta naturaleza permita tener por acreditado un nuevo tipo de error invalidante: el error colectivo del cliente minorista, que no requiere prueba ni individualización²⁹.

55. Desde otro punto de vista, es claro que la falta de realización de los test no puede conducir a presumir el error. Porque los test no tienen como función informar al cliente sobre el producto, sino determinar si el cliente tiene la formación adecuada para comprender los riesgos aparejados al mismo, y si el producto es idóneo para él. Los test no buscan evitar la asimetría informativa, sino conocer al cliente (*know the consumer*, como vimos al principio). Entonces, su falta de realización no incide sobre la información, ni puede hacer presumible el error³⁰. Cuestión distinta es que si se realizan los test, luego la empresa deberá ofrecer sólo productos idóneos o advertir si el producto que quiere el cliente es conveniente para él (según estemos ante uno u otro test); y en esa medida, esa actuación pueda suponer una cierta información añadida. Pero esto resulta un efecto reflejo, que además no se da siempre, y por eso no tiene sentido anudar una presunción de error a la falta de evaluación del cliente.

56. Precisamente por todo esto que se acaba de señalar, en otras muchas ocasiones el Tribunal Supremo ha valorado el tipo de inversor (inversiones previas, conocimiento de los productos financieros) y el tipo de producto (su complejidad), y ha absuelto a la entidad de inversión cuando no era creíble que existiera el error alegado³¹. Y todo ello, pese a que no se hubieran cumplimentado las obligaciones

²⁶ En este sentido de que los productos complejos no se llaman así por ser complicados u oscuros, sino por no tener fácil liquidez CARRASCO - LYCZKOWSKA, *op. cit.*, p. 59.

²⁷ Pueden contemplarse supuestos de comercialización de *collar* (aunque a veces se le califique en la sentencia como “*swap*”) en las SSTS 7 julio (STS 385/2014) y 8 julio 2014. Sobre los *collar* véase VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, pp. 1097-1107.

²⁸ Sobre el peligro de que las normas protectoras del cliente alienen conductas de *free rider* A. AGÜERO ORTIZ, “El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013, pp. 468-470; S. BAZ BARRIOS, “La problemática de los *swaps* o contratos de permuta financiera”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013, pp. 442-443.

²⁹ BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 434 y 446. Por su parte, N. ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*, pp. 651-652, señala que la presunción del error con base en la falta de realización de los test es incoherente con afirmaciones anteriores de la misma sentencia, y va más allá incluso de lo que se proponía en la jurisprudencia menor a este respecto. Sin embargo esta autora parece más conforme con que se presuma el error a consecuencia de la falta de información.

³⁰ Vease *in extenso* CARRASCO – LYCZKOWSKA, *op. cit.*, pp. 64-68.

³¹ Véanse SSTS 29 octubre 2013 y 17 febrero 2014 (ambas referidas a *swaps* de intereses); 8 septiembre 2014 (Sentencia de Pleno) y 21 julio 2015 (relativas a bonos de banco islandés que luego devino insolvente); 23 abril 2015 (bono estructurado

de información y evaluación (las MiFID o las “preMiFID”, pues al final tanto valen unas como otras para el Tribunal Supremo, como luego tendremos ocasión de ver). Ahí ya no aplica la doctrina de la “presunción del error” ni de la “presunción de la excusabilidad”, sino que simplemente aprecia si es creíble que existiera error, o que fuera excusable³². En estas resoluciones el Tribunal sigue la línea que antes se expuso de ser restrictivo en la apreciación del error (SSTS 21 noviembre 2012 y 29 octubre 2013), y no se entiende por qué en la de 20 enero 2014 cambia de doctrina para instaurar además una muy alejada de la seguida hasta entonces.

57. Pienso que habría sido más acertado limitarse a señalar que la falta de información previa expresa y detallada, ciertamente, pueden suponer una falta de conocimiento por este cliente del tipo de producto y de los riesgos asociados. Precisamente la obligación legal lo que busca es que preste su consentimiento de forma plena, con toda la información precisa, sabiendo perfectamente qué está aceptando. Constituye, además, una falta de cumplimiento de los deberes que tenía la empresa de inversión al asesorar sobre el producto o al prestar el servicio. Pero de ahí a “presumir” que exista un error hay un “salto lógico”. La empresa de inversión tiene en su mano (y está obligada a) informar al cliente, y si le informa éste ya no podrá alegar error invalidante. Pero la falta de información y evaluación no hace presumible el error, y desde luego no lo convierte automáticamente en excusable, y menos aún deja de incidir en una suposición que no era segura, sino puramente aleatoria en esencia.

58. Posiblemente la idea que baraja la Sentencia es más bien la de una “inversión de la carga de la prueba”. Si la entidad no informa (ni, según la jurisprudencia, evalúa al cliente), ese incumplimiento de sus deberes hace que ya no sea el cliente quien tiene que demostrar el error, sino que debería ser la entidad la que demostraría sus conocimientos. Esto es, la que demostraría que la información y la evaluación de la conveniencia eran totalmente innecesarias. Técnicamente no es lo mismo “presumir” algo que invertir la carga de la prueba, aunque los resultados prácticos coincidan en muchos casos. La empresa de inversión tiene en su mano “evitar el error del cliente”, informándole y advirtiéndole de los riesgos; si no lo hace, resultaría razonable cargarle con la prueba de que el cliente ya tenía los conocimientos necesarios sobre el producto y los riesgos. De todas maneras, de la normativa existente dudo mucho que pudiera derivarse una inversión de la carga de la prueba en estos casos. Simplemente, será más fácil para el cliente acreditar que sufrió un error si no tiene conocimientos previos y si no ha existido información clara acerca del producto y del riesgo.

59. Es posible, también, que la escueta argumentación de la Sentencia obedezca a la técnica casacional. El recurrente se basaba en que no había habido asesoramiento financiero, y en que la ausencia de evaluación no podía sancionarse con la anulación, y el Tribunal simplemente da respuesta a estos argumentos. No tiene que aclararse, además, si el cliente tenía o no conocimientos financieros, porque la cuestión no se ha enfocado así (ni, al parecer, la prueba giró sobre esto). Pero incluso en tal caso considero que el Tribunal debería haber recalcado precisamente esto, que no podía ir más allá. Porque la forma genérica de enunciación de sus razonamientos (predicados de cualquier falta de información y de evaluación del riesgo) resulta demasiado radical en contra de la empresa de inversión, y de hecho ha facilitado una jurisprudencia que no ha valorado ese conocimiento previo del cliente.

de Lehman Brothers); o 30 junio 2015 (hipoteca multidivisa), entre otras. Quizás de especial importancia sea la STS de Pleno 8 septiembre 2014 (del mismo ponente que la STS 20 enero 2014), que parte de una operación preMiFID, y señala que si bien no se le entregó el inversor el folleto informativo de la emisión (una falta de información muy grave, por lo tanto), sus conocimientos expertos impiden admitir que existiera error. En estos casos se abandona la doctrina de la “presunción de error” para realizar una aproximación más natural (sin prejuicios) al caso concreto.

³² Por eso me parece mucho más acertado afirmar, como hace la STS de 17 de febrero de 2014, que “Sin embargo, lo que no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado - otra cosa es que sea excusable - y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue”. En esta resolución se revoca la de segunda instancia, y se estima que no hubo error sustancial pese a que no se informó del coste de cancelación. La doctrina de la misma es bastante distinta, y en principio contradictoria, con la de la STS de Pleno de 20 de enero de este mismo año que ahora se comenta.

C) Jurisprudencia posterior sobre el incumplimiento de los deberes MiFID

60. Durante los años 2014 y 2015 se han dictado muchas más resoluciones relativas a supuestos de contratos celebrados cuando ya estaba vigente la normativa MiFID, y en los que se había incumplido el deber de información y/o el deber de evaluación. Curiosamente, casi la totalidad de ellas no entra a plantearse si en el caso concreto se debían haber cumplimentado los deberes de información y evaluación de riesgo propios de la MiFID. Como se acaba de ver, no siempre esto será preciso, pues fundamentalmente existe la excepción del apartado 9 del art. 19 Directiva MiFID (o del art. 79 *quáter* LMV), de modo que en los derivados de pura cobertura ligados de forma sustancial a un producto bancario bastaría con cumplir deberes de información y evaluación propios del producto bancario. Sin embargo las Sentencias no se plantean esto, posiblemente porque tampoco las partes lo han alegado. En uno de los pleitos sí se sostuvo este argumento (la entidad de crédito recurrente alegaba que no había que haber cumplido las obligaciones MiFID porque el *swap* era de cobertura), y la respuesta del Tribunal no fue la más acertada: se dictaminó que sí había que cumplir tales obligaciones porque el *swap* es un instrumento incluido en el anexo de la Directiva MiFID, y porque así lo dictamina la STJUE *Caso Genil*³³. Que el *swap* sea un instrumento complejo no es lo determinante, pues aun siéndolo, no hay que cumplir las obligaciones MiFID si es un producto ligado a otro bancario que ya tiene obligaciones de información propias; y desde luego la STJUE *Caso Genil* no afirma que siempre deban cumplirse las obligaciones MiFID en los *swap*, incluso cuando haya asesoramiento financiero, pues puede aplicarse la excepción de la regla 9 del art. 19 de dicha Directiva.

61. En la mayoría de las resoluciones se ha seguido de forma literal el camino abierto por la STS 20 enero 2014. En la STS 7 julio 2014 (384/2014) se había contratado por varias empresas de un mismo grupo familiar un *swap* de cobertura para un préstamo hipotecario, con una información precontractual insuficiente y sin realizar el test de idoneidad. Argumentaba la recurrente que la falta de cumplimentación de esos deberes no debía ocasionar la nulidad del contrato, pero el alto Tribunal reitera la doctrina de que la omisión del test que debía recoger la valoración de riesgo, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Igual planteamiento se observa en la STS 8 julio 2014, *swap* ofrecido a un matrimonio como un producto adecuado para evitar el perjuicio derivado de una subida de los tipos de interés aplicables a su hipoteca, sin informarles antes de la contratación sobre el contenido del contrato ni sobre los riesgos asociados al *swap*, y sin realizar el test de idoneidad.

62. En el supuesto de la STS 26 febrero 2015 se contrató un *swap* de cobertura con una empresa. Según estimó el Tribunal de segunda instancia, sin impugnarse esta apreciación en el recurso, la entidad bancaria no informó del efectivo riesgo del negocio al cliente, que no contó con más información que la derivada del propio contrato. Se realizó el test de conveniencia, que arrojó como resultado la nula experiencia previa del cliente. En este caso el Tribunal Supremo no acude a la “presunción de error”, pues le basta con señalar que no existió información suficiente; que no se realizó el test que correspondía, que era el de idoneidad (pues había existido una recomendación personalizada ofrecida al cliente); y que la realización del test de conveniencia tampoco arreglaba nada, dado que el resultado era los nulos conocimientos financieros del cliente. Por lo tanto, corroboró que había existido un error causado al cliente. En el supuesto de la STS 13 octubre 2015, de una permuta de intereses de cobertura, sí se había realizado el test de idoneidad a la empresa cliente, pero “el documento fue prerrredactado y cumplimentado por el director de la sucursal, quien se lo envió por fax a la empresa demandante simplemente para que lo firmara

³³ En efecto, la STS de 26 de febrero de 2015 razona: “También deben ser rechazadas, sin necesidad de mayores consideraciones, las alegaciones del motivo segundo sobre la inaplicación al caso de esta normativa por razón de la naturaleza del contrato, pues se oponen a la doctrina de la citada STS nº 840/2013 y de las posteriores ya mencionadas, dado que en el anexo I de la Directiva MiFID se incluyen como instrumentos financieros, en la sección c) 4, los contratos de permuta financiera (*swaps*), cuyo sometimiento a la normativa indicada -como productos financieros complejos- no puede ser objeto de discusión tras la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011)”.

persona autorizada y se lo devolviera. Por tanto, difícilmente puede sostenerse que el test de idoneidad revelaba la adecuación del perfil del cliente al producto contratado cuando éste ni siquiera intervino en su cumplimentación". Se aplica la doctrina de la presunción de error, no siendo adecuado el producto para una empresa que buscaba asegurar el interés, y no especular.

63. En la STS 15 octubre 2015 se trataba de la concertación de dos *swap* de cobertura con una empresa persona jurídica. No se había realizado una información específica del producto, más allá de la remisión a lo contenido en el contrato; y sólo se hizo test de conveniencia respecto de uno de los *swaps*, además cumplimentado por medios informáticos, sin saber cómo se contestó, y sin arrojar resultados claros acerca de los conocimientos del cliente. El Tribunal reitera la doctrina de la presunción de error, no existiendo en este caso prueba alguna de que el cliente fuera conocedor de las características del producto contratado. La STS 22 julio 2015 se refiere también a *swaps* de interés, no ofreciéndose al cliente un producto ajustado a su perfil, no sometiéndole al test de ideoneidad y no suministrándole información, "lo que le provocó un error de carácter sustancial al versar sobre la naturaleza y riesgos del producto, que ha de considerarse excusable por ser obligación del banco recurrente haber informado adecuadamente". Por último, en el supuesto de la STS 30 octubre 2015 se comercializó un *swap* de intereses con una empresa sin la información adecuada y sin realización de test, por lo que se aplica la doctrina general de que todo ello, unido a la falta de formación del cliente, hacen presumible el error.

64. Coherente con el contenido de esta línea de pensamiento, el Tribunal Supremo, en cambio, ha estimado que no existe error si, pese a la falta de cumplimiento de las obligaciones de información y evaluación, queda demostrado que el cliente sí conoce perfectamente el producto contratado y los riesgos que conlleva. Es el supuesto de la STS de Pleno 30 junio 2015, préstamo multidivisa concertado por un matrimonio para sus negocios de promoción inmobiliaria, siendo el marido un abogado especialista en derecho bancario y, en concreto, en los préstamos multidivisa. En palabras del Tribunal Supremo, "La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero *tal presunción puede ser desvirtuada* por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente" (la cursiva es mía)³⁴. Y en ese mismo sentido véase también STS 23 abril 2015, que parte de la comercialización de un bono estructurado garantizado por Lehman Brothers a una persona física inversora. La negociación se llevó a cabo con el hijo, que tenía conocimientos financieros y pidió un producto de inversión específico, que se hizo a su medida. La información fue adecuada, y se les realizaron los test de idoneidad al hijo y a la inversora (por lo tanto, se consideraban cumplidos los deberes MiFID, y no se utiliza la doctrina de la "presunción de error").

65. Existe alguna resolución que, aparentemente, se aparta de este esquema. Se trata de la STS 12 diciembre 2014, que contempla el supuesto de contratación de un producto financiero estructurado, referenciado a dos valores bursátiles, por importe de 3.000.000€. El tribunal de segunda instancia entendió acreditado que la cliente, persona física, fue suficientemente informada sobre las características del producto financiero contratado, con la asistencia de su asesora fiscal y jurídica; no se realizó test de conveniencia, que era el procedente según el Tribunal (pues la asesora pidió qué productos tenían, el banco ofreció

³⁴ Si bien el resultado de este razonamiento es acertado, otras expresiones de esta Sentencia resultan un tanto contradictorias con la propia postura general del Tribunal Supremo. Así, cuando afirma que "El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias". Si aplicara esta misma idea a muchas de las Sentencias en las que da la razón al cliente, el resultado podría haber sido distinto.

tres, y la asesora eligió uno de ellos). La recurrente basó la casación en que la infracción de la normativa vigente, y entre ello la no realización del test, hacía nula la contratación. El Tribunal Supremo, vinculado por los hechos de la instancia no combatidos, declaró que la simple contravención de las normas legales no determinaba la nulidad del contrato (como antes se ha expuesto). Y aunque reiteró que la falta de realización del test da lugar a la presunción de error, consideró que “No es este el efecto que ahora interesa, pues la apreciación del error vicio ha quedado fuera de debate, sino en qué medida el incumplimiento del deber de recabar el test determina por sí la nulidad del contrato, que es lo que plantea la demandante en su recurso de casación”. No queda claro qué habría dicho el Tribunal si en el recurso se hubiera alegado, además de lo que se argumentó, que la falta de test hacía presumible la existencia de error.

4. La generalización de la doctrina de los deberes MiFID a las situaciones preMiFID

66. La doctrina de la “presunción de error” en caso de incumplimiento de los deberes de información y evaluación del riesgo se formuló en la señalada STS 20 enero 2014, a partir de un supuesto de hecho en el que se debían haber cumplido las obligaciones impuestas por la normativa MiFID. Sin embargo, y curiosamente, luego se ha generalizado a todos los supuestos de contratación de instrumentos financieros previos a la entrada en vigor de la normativa MiFID, desarrollando además la citada doctrina con nuevas aportaciones.

67. Para ello, parte el Tribunal Supremo de unas apreciaciones con las que estoy totalmente de acuerdo. Los deberes de información y evaluación del riesgo no son algo específico de estos contratos, sino una derivación del deber general de buena fe. Como se afirma en la tan citada STS 20 enero 2014, “estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del *deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe*, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica «Good faith and Fair dealing» («Buena fe contractual»), dispone como deber general: «Each party must act in accordance with good faith and fair dealing» («Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe»). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de *proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio*, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar” (la cursiva es mía). Creo que cabría añadir, además, que en un contrato como es el de asesoramiento en materia de inversión, la información y la evaluación previa son aún más esenciales para entender bien cumplida la labor de la empresa de inversión, que es precisamente “asesorar”. Quizás en los demás servicios de inversión podría entenderse como menos “intensa” esta obligación, pero la profesionalidad de la empresa impone también que se informe sobre el cliente, y que le advierta de los riesgos aparejados al producto que deseé adquirir. Téngase en cuenta, además, que a menudo existe un “conflicto de interés” porque la empresa de inversión comercializa productos propios, o de entidades del grupo, y por eso el deber de información plena (de “no ocultación”) es más evidente para cumplir con su condición de intermediario. Y si el emisor es la propia empresa de inversión que actúa como tal emisora, entonces el deber de información y veracidad es el propio del vendedor³⁵.

68. Pero, además, no sólo es que estos deberes deriven de la propia estructura del contrato. Es que ya se recogían en la normativa administrativa previa a la MiFID. También eso lo remarcán los tri-

³⁵ En la misma línea de que no estamos ante obligaciones distintas de las que derivarían de consideraciones puramente contractuales MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 429-430. En cambio remarca que se trata de un *plus* de actividad informativa, con perfiles específicos, ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*, p. 640.

En el tratamiento “civil” nacional de las consecuencias del incumplimiento de los deberes MiFID se observa también una tendencia a considerar estos deberes como una manifestación de la obligación general de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las obligaciones, véase M. TISON, “The civil law effects of MiFID in a comparative law perspective”, *Financial Law Institute. Ghent University. Working Paper Series*, 2010-05, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1596782>

bunales, que recogen los preceptos de la Directiva 1993/22/CEE sobre evaluación del cliente e información acerca del producto, y manifiestan cómo tales obligaciones se traspusieron en el art. 79 LMV (en la redacción previa a la Ley 47/2007)³⁶, desarrolladas además en el art. 5 del anexo del RD 629/1993 (y la obligación de información también en el art. 9 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995)³⁷. De todos modos, posiblemente el Tribunal Supremo se exceda en su fervor al reconocer estos precedentes. Ciertamente ya había obligaciones de este tipo, pero la normativa MiFID las puso mucho más de manifiesto, y las desarrolló con mucha más precisión y detalle³⁸.

69. De esta manera, la falta de información al cliente sobre el producto, y la falta de evaluación del cliente, sigue prácticamente el mismo régimen que el establecido respecto de la normativa MiFID: la “presunción de error”. Por eso numerosas Sentencias aplican directamente esta idea y consideran acreditada la existencia del error por la defectuosa o incompleta información suministrada al cliente, o la falta de evaluación del riesgo³⁹. Otras, de una forma más acertada a mi parecer, unen a esa idea la apreciación expresa de la falta de conocimientos previos del cliente, lo cual supone una acreditación de la posibilidad de error mucho más seria que una simple “presunción de error” por falta de información⁴⁰.

70. Todo este cúmulo de resoluciones sobre situaciones PreMiFID, además, ha servido para añadir varias precisiones a la formulación inicial de la doctrina del Tribunal Supremo (las cuales también se utilizan en Sentencias relativas a contratos realizados vigente ya la normativa MiFID). De ellas, destacaría las siguientes. En primer lugar, se desarrolla un poco más la idea de la “excusabilidad” del error. En la STS 20 enero 2014 se había manifestado que “si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente”. Como antes señalé, me parece una forma muy poco razonada de obviar, o presuponer, el requisito de la excusabilidad (véase 51). Pues bien, la jurisprudencia posterior ha desarrollado un poco más la idea, alegando que en estos casos el error ha sido “heteroinducido” por la empresa de inversión, por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, por lo cual “no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues [...] la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad” (STS 15 octubre 2015, que se apoya para este aspecto en la STS 26 febrero 2015). La STS de Pleno 30 junio 2015 afirma que “El incumplimiento por las demandadas del estándar de información [...] determina que el error de

³⁶ Los arts. 10 a 12 de la Directiva fijaban un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 determinaba que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a “informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes”.

Conforme al apartado 1.e) del art. 79 LMV, en su redacción previa a la reforma operada por la Ley 47/2007, “1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: [...] e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados”.

³⁷ Remarcar que las obligaciones de información y evaluación de riesgo existían en el régimen preMiFID se convierte en una “cláusula de estilo” en la mayoría de resoluciones. Véanse SSTS 15 septiembre, 20 octubre, 27 octubre (STS 559/2015), 28 octubre, 10 noviembre, 25 noviembre (STS 669/2015 y 675/2015), 26 noviembre y 4 diciembre, todas ellas de 2015.

Basándose en esto, remarca MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, pp. 3034-3035, que teniendo en cuenta el deber general de buena fe y las obligaciones de información y evaluación preMiFID, no había por qué dar soluciones distintas al tema del error por ser el régimen MiFID o preMiFID. Estoy de acuerdo con esto, pero más porque en ambas situaciones lo que justifica la solución “contractual” es, precisamente, los deberes contractuales derivados de la relación entre las partes, y no la normativa administrativa de protección del inversor.

³⁸ Realiza esta crítica F. MERCADAL VIDAL, “Los deberes precontractuales de información en la contratación de servicios de inversión”, *RDM*, núm. 295/2015, p. 610.

³⁹ Véanse, entre otras, SSTS 20 octubre, 27 octubre (STS 559/2015) o 28 octubre 2015.

⁴⁰ Así se hace en las SSTS 10 septiembre 2014 (Sentencia de Pleno), 27 octubre 2015 (STS 562/2015), 10 noviembre 2015 (STS 588/2015), 26 noviembre 2015 (STS 675/2015), 30 noviembre 2015, o 4 diciembre 2015. La STS 15 octubre 2015 añade a la idea de presunción de error el hecho de que el producto no fuera idóneo para el perfil del inversor.

los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba”⁴¹. Me parece que la crítica que realicé sigue sin resolverse. Si la empresa informa bien, y pese a ello el cliente no quiere comprender el producto (“no hace caso”), el error es inexcusable. En esto nos hallamos de acuerdo (y por eso, entre otras muchas razones, es bueno informar). Pero el no informar no “induce” necesariamente al error. Si el cliente conoce perfectamente el producto no estará equivocado, pese a la falta de información. Cuestión distinta es que el cliente “confíe” en la información dada por la entidad (que debe ser completa), y por eso esté justificado que no emplee una diligencia especial en indagar por su cuenta sobre la naturaleza del producto⁴². Pero eso, *per se*, no hace el error excusable, pues todo depende del tipo de producto, de su complejidad, de la formación previa del cliente, etc. Y, por último, también constituye otro problema que la empresa de inversión falsee la información, u oculte información relevante cuando supuestamente informa de todas las características del producto: ahí sí puede coadyuvar al error, pero eso es más bien un dolo y una falsoedad, que resulta algo bien distinto, con sus requisitos propios⁴³.

71. Un segundo aspecto que ha sido más desarrollado en estas resoluciones es el tema de los “actos propios”, la incidencia que puede tener el hecho de que el cliente haya asumido varias liquidaciones negativas de los *swap* sin oponerse a ello ni realizar ninguna manifestación. En este punto, la STS 20 enero 2014 precisamente señalaba que el error quedó demostrado, en el supuesto concreto enjuiciado, porque al recibir el cliente la primera liquidación negativa fue “cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado”. Podría parecer, entonces, que si se reciben liquidaciones negativas y nada se manifiesta, existe una aceptación tácita de que se conocía que esto podía ser así, y se había asumido. Pues bien, la jurisprudencia posterior en muchas ocasiones ha determinado que la recepción de liquidaciones negativas del *swap* sin realizar manifestación alguna no supone un “acto inequívoco” demostrativo de que el cliente conocía el riesgo asumido. De nuevo se realizan afirmaciones genéricas que, precisamente por su generalidad, resultan excesivas. Así, cuando se expresa que “[...] como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria”⁴⁴. A continuación se precisa que la recepción de liquidaciones positivas (a favor

⁴¹ En general, véanse razonamientos de este tipo en las SSTS 26 febrero, 30 octubre, 10 noviembre (STS 613/2015), 25 noviembre, o 30 noviembre 2015.

⁴² Por eso me parece mejor el razonamiento que realiza la STS 10 noviembre 2015 (STS 613/2105, cuyos términos reitera la STS 25 noviembre 2015) para apoyar la excusabilidad del error: “Y como expresamos, igualmente, en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. *Sin conocimientos expertos en el mercado de valores*, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios” (la cursiva es mía). Estoy de acuerdo en que si el cliente desconoce el producto, la falta de información, y la confianza y obligación que existe en esa información, hace el error excusable. Pero precisamente por eso, esta ecuación se cumple si existe desconocimiento previo del cliente. Si conoce, la falta de información no hace el error excusable.

⁴³ En la STS de Pleno 10 septiembre 2014, precisamente, el voto mayoritario consideró el error excusable, porque se estimaba que había faltado información. Sin embargo, el voto particular, suscrito por tres magistrados, estimaba que el error era inexcusable, porque la información acerca de los riesgos del producto sí constaba de forma clara en la documentación entregada. En realidad, creo que la discrepancia no se hallaba en si el error era excusable o no, sino en si la información acerca de los riesgos resultaba suficiente, clara y adecuada.

⁴⁴ Expresión tomada de dos SSTS de igual fecha, las 613/2015 y 634/2015, de 10 noviembre 2015. En el mismo sentido SSTS 25 noviembre (STS 675/2015) y 4 diciembre 2015. La STS 15 octubre 2015 se refiere únicamente a que la contratación

del cliente) en un *swap* no implica nada, pues el inversor aprecia el error al recibir la negativa. Con ello, no queda claro si la aceptación de varias negativas sin decir nada sí supondría aquiescencia. De todas formas, con estos razonamientos se está legitimando una actitud oportunista del inversor, y se justifican sus actos cuando le favorecen y no cuando le perjudican. ¿Acaso al recibir las positivas no es consciente de que también pueden ser negativas? ¿O es que cree que ha celebrado un contrato gracias al cual gana dinero en cada liquidación trimestral? Pienso que es mejor no partir de afirmaciones generales, y estudiar caso por caso si la actitud del cliente supone un consentimiento tácito (máxime, teniendo en cuenta sus conocimientos), si reclama en cuanto recibe una liquidación negativa, etc.⁴⁵

72. En algún caso se ha justificado la anulación del contrato porque si bien la información sobre la forma de operar las liquidaciones podría entenderse adecuada, no existía información clara sobre el coste de la cancelación anticipada (un coste que, en muchos casos, resulta enorme, sobre todo si el interés de referencia que paga la entidad de crédito se halla muy bajo)⁴⁶. Así se determinó en la STS de Pleno 15 septiembre 2015, para la cual cuando menos el banco debe informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación; “sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume”. Por eso, si bien esta resolución admitió que el representante de la empresa deudora conocía el mecanismo del *swap*, comprendía el contrato y los riesgos asumidos, anuló el contrato únicamente basándose en la falta de información clara sobre el coste de la cancelación anticipada. Otras resoluciones recalcan también que la inadecuada información sobre el coste de cancelación es un elemento más para anular el contrato, pero basando por ende la anulación en toda la falta de información y evaluación del riesgo⁴⁷. Y el coste de esta cancelación es una de las “menciones obligadas” para que la información sea completa según las últimas resoluciones⁴⁸, pero sin darle un carácter tan esencial.

73. El criterio señalado de la STS 15 septiembre 2015 es totalmente opuesto, por cierto, a otra Sentencia que en cambio consideraba, creo que más atinadamente, que “no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato. Entre otras razones, porque el ordenamiento posibilita depurar el defecto con remedios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sobre sus efectos. El motivo - en el que se negó que el error vicio existiera y, en todo caso, que fuera esencial - debe ser estimado” (STS 17 febrero 2014). Considero igualmente que el coste de la cancelación anticipada puede ser un elemento importante, pero de ahí a elevarlo a que pueda dar lugar a la anulación de todo el contrato hay un abismo. En realidad, si esa cláusula no fuera clara lo que procedería sería declarar su nulidad por falta de incorporación de la condición general (art. 5 LCGC), puesto que no creo que se pueda basar que el resto del contrato no sea lógico sin tal cláusula. Por supuesto todo depende del planteamiento del litigio, pues si no se ha pedido la nulidad únicamente de la cláusula, sino de todo el contrato, creo que no podría concederse solo la nulidad de esa condición general⁴⁹. La STS 15 septiembre 2015 señala explícitamente que existe el precedente del criterio

de varios *swap* sucesivos no supone un acto propio, porque el cliente no conoce el error hasta el momento en que recibe liquidaciones negativas.

⁴⁵ Igualmente en este sentido de que debe estudiarse caso por caso, y que la confirmación tácita podría aplicarse a estos procesos cuando hay unos actos inequívocos de cumplimiento del contrato como su cancelación de mutuo acuerdo, la suscripción de contratos posteriores similares y sobre todo el transcurso de años de ejecución, MARÍN NARROS, “Los principales ... *cit.*”, p. 1518; BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 442.

⁴⁶ A favor de que la indeterminación de las consecuencias de la cancelación anticipada del contrato pueda justificar por sí sola la anulación de la cláusula, o incluso del contrato, S. BAZ BARRIOS, *op. cit.*, pp. 440-441.

⁴⁷ En esta línea véase SSTS 30 octubre 2015.

⁴⁸ SSTS 15 octubre (STS 535/2015), 22 octubre, 25 noviembre (STS 675/2015), y 4 diciembre 2015.

⁴⁹ En el supuesto de la STS 10 noviembre 2015 (STS 634/2015) precisamente el demandante había planteado como petición subsidiaria a la de nulidad de todo el contrato, la de nulidad únicamente de la cláusula de cancelación anticipada. La Sentencia de apelación concedió la petición subsidiaria, y consideró nula la cláusula. Como únicamente recurrió el banco, el Tribunal Supremo mantuvo la nulidad de la cláusula, y expresamente señaló que no podía entrar a valorar si esa nulidad podría alcanzar al contrato en su integridad.

sostenido en ésta que ahora se refleja, pero justifica la diferencia de la solución porque en el caso enjuiciado el error sobre el coste de cancelación sí era esencial por la cuantía del coste y su razonable imprevisibilidad para el cliente. El lector interesado puede leer ambas resoluciones y formar su propia opinión.

74. Por último, en varias de las últimas Sentencias el alto Tribunal se ha esforzado por señalar cuáles serían los extremos mínimos sobre los que la entidad debe informar al cliente: que los beneficios de una parte constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra; el valor de mercado inicial del *swap*, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación; si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato; que el riesgo para el cliente es ilimitado, y puede ser ruinoso; y la posibilidad de cancelación anticipada del *swap* y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente⁵⁰.

75. En algunos casos se observan ciertas contradicciones. Así, cuando se afirma en unas resoluciones que “la información que la empresa de servicios de inversión debe proporcionar a su cliente no tiene que incluir una previsión de la evolución de los tipos de interés” (SSTS 25 noviembre –STS 675/2015- y 4 diciembre 2015); mientras que otras determinan lo contrario, al considerar “imprescindible” la “información acerca de las tendencias o progresiones de los tipos de referencia” (SSTS 10 noviembre -STS 613/2015-, 25 noviembre -669/2015- y 30 noviembre 2015)⁵¹.

76. Estas contradicciones en las Sentencias ponen de manifiesto una falta de coherencia en el discurso, que podría haber sido más cuidado y preciso. Como el Tribunal tiene claro que quiere condenar a la empresa de inversión aplica directamente una doctrina facilitadora, sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso y dando por supuesto que la falta de información y evaluación suponen error. Y por eso los detalles (el caso-por-caso) se cuidan menos, y se producen las señaladas contradicciones.

⁵⁰ En palabras de las SSTS 22 octubre y 4 diciembre 2015, “[...] existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor. Como hemos dicho, en este caso se trata de una particular que había solicitado un préstamo hipotecario de una cuantía poco elevada.

En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. [...]

Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. [...].

Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. [...].

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente». En casi idénticos términos SSTS 15 octubre (STS 535/2015) y 25 noviembre (STS 675/2015) de 2015.

⁵¹ En este sentido algunos autores (como ZUNZUNEGUI, “Negociación de swaps por cuenta propia”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, junio 2012, p. 23, seguido por BAZ BARRIOS, *op. cit.*, p. 441), sostienen que la falta de información de las previsiones, conocidas por el banco, es una información esencial que puede determinar la nulidad del contrato. No comparto esta opinión, al menos con el carácter general con el que se formula. También MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 436 recalca la necesidad de comunicar las previsiones del banco, pero sin darle un alcance tan sustancial. Otros autores defienden que no es preciso dar tal información, véase MARÍN NARROS, “Los principales ... *cit.*, p. 1509; BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 441.

Cuestión distinta es que el banco tuviera la previsión, ya cuando comercializó el swap, de que los tipos de referencia iban a sufrir bajadas importantes, previsión que ocultó al cliente. Con ello la empresa de inversión partaría de que el swap iba a suponer una ganancia para ella. Esto constituiría, a mi juicio, más bien un supuesto de dolo, que haría impugnable el contrato. Pero el dolo se hallaría en ocultar una información para provocar, precisamente, que el cliente acepte un contrato que no admitiría si conociera cuáles son las previsiones de quien lo comercializa. Si, en cambio, no existe una previsión especial de que los tipos van a bajar, creo que no suministrar esa información “irrelevante” no debería ser causa de nulidad o anulación del contrato.

5. Otras vías no planteadas, y por ello no resueltas

77. Desde un punto de vista puramente jurídico, es una pena que las alegaciones de las partes en este tipo de pleitos se hayan encauzado, casi exclusivamente, por la vía del error como vicio de la voluntad. Porque existían, como ha sido puesto de relieve por la doctrina, otras muchas vías de impugnación de este tipo de contratos, y si se hubieran planteado habríamos conocido la opinión de nuestro Tribunal Supremo acerca de instituciones clave de nuestro ordenamiento de contratos. De entre ellas, destacaré tres.

78. En primer lugar, si realmente la información relativa a las permutas financieras, o a los otros instrumentos financieros complejos comercializados, no era clara, no se suministró de forma previa adecuadamente, siendo sustancial se “ocultaba” dentro de páginas y páginas de clausulado, etc., lo más fácil habría sido, a mi juicio, alegar la “falta de incorporación” de esas cláusulas. Estos contratos cumplen siempre los requisitos de las condiciones generales de la contratación, y por eso deben superar los controles de incorporación y legalidad (arts. 5 y 8 LCGC). Y en España estos controles se aplican a todo tipo de condiciones generales, no sólo a las celebradas con consumidores (lo que sí es específico de consumidores es, dentro del control de legalidad, el control de abusividad. La Directiva comunitaria de cláusulas abusivas 93/13/CEE, que también exige el control de incorporación, se aplica únicamente a consumidores, como es bien conocido). La consecuencia de la falta de incorporación es la nulidad de la cláusula, e incluso del contrato entero si no puede subsistir sin tales cláusulas (art. 10 LCGC)⁵². Esta vía de impugnación sí se ha utilizado, en cambio, contra otros instrumentos financieros como las “cláusulas suelo”, cuya nulidad cuando son oscuras o ha existido falta de información fue asumida por la famosa STS 9 mayo 2013 (luego reiterada por otras, como la STS 25 marzo 2015). Posiblemente depende de cada caso concreto plantear la estrategia de si será más fácil obtener sentencia favorable por la vía del error o por la vía de la falta de incorporación, pero si la cláusula es oscura o falta información pienso que es algo mucho más objetivo, mientras que el error resulta más subjetivo (si bien la jurisprudencia, como hemos visto, allana el camino al presumirlo).

79. En segundo lugar, se encuentra la cuestión del cumplimiento de los deberes de la empresa de inversión al comercializar el producto financiero. Tanto si se actúa como intermediario o como emisor del producto, y tanto si se realiza un asesoramiento personalizado como otro servicio de inversión, la empresa debe informar de todas las características esenciales del producto. Esa es una obligación esencial de su posición contractual, sea la de intermediario, mediador, “vendedor”, emisor, etc. Si no informa claramente u oculta elementos esenciales está incumpliendo una obligación fundamental, y cabría resolver el contrato (con unas consecuencia parcialmente distintas de la simple nulidad, pues se podrían reclamar además daños y perjuicios); o reclamar daños y perjuicios, en función del tipo de contrato y de la gravedad del incumplimiento⁵³. De hecho en algún caso se han realizado peticiones subsidiarias de resolución por incumplimiento de los deberes de asesoramiento imparcial, si bien al estimarse la petición principal de vicio error invalidante no se ha entrado en esta cuestión. En los supuestos de inversores experimentados, respecto de los cuales argumentar el error tiene menos posibilidades de éxito, esta vía podría resultar fructífera si realmente se pudiera demostrar el señalado incumplimiento de los deberes.

80. En tercer lugar, la figura del “dolo” es la gran olvidada. Y, sin embargo, tal y como se cuentan los hechos en multitud de pleitos, la comercialización efectuada por la entidad de crédito se corresponde mucho más con el dolo que con el error. Ciertamente ese dolo puede haber causado un error en el cliente, que se representa al derivado financiero con unas características distintas a las que tiene, pero al menos cabría alegar ambos vicios como concurrentes (si bien considero que lo procedente sería intentar

⁵² Remarcan el uso de esta vía MERCADAL VIDAL – HERNÁNDEZ PAULSEN, *op. cit.*, p. 7, que también añaden que la falta de transparencia en los elementos esenciales haría abusivas las cláusulas, si el contrato se celebró con consumidores.

⁵³ En el sentido de posibilitar la resolución ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*, pp. 655-656, siempre que el incumplimiento de la obligación de informar sea realmente esencial. MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 426-427, o MERCADAL VIDAL – HERNÁNDEZ PAULSEN, *op. cit.*, p. 7, razonan sobre las posibilidades de reclamar una indemnización en el caso de que la falta de información haya causado daños y perjuicios.

la anulación por dolo, por el vicio “principal”). En efecto, si la entidad afirmó que lo que se vendía era un “seguro”, una “cobertura frente a la subida de los tipos de interés”, enmascarando que en realidad es un producto que puede jugar tanto a favor como en contra; si ocultó que la cancelación anticipada tiene un coste carísimo; si no manifestó que según sus previsiones el EURIBOR iba a bajar hasta límites insospechados; etc., todo eso responde mucho más al dolo que al error. La falta de una información previa adecuada y de una evaluación del riesgo en el fondo obedece más normalmente al dolo o engaño (ocultar la realidad) que al error. Y de igual forma que defiendo que “presumir el error” cuando hay falta de información resulta excesivo, también defiendo que si se demuestra el dolo no debería haber ninguna duda en proceder a la condena del banco. Normalmente se señala que sería más difícil lograr la anulación por el dolo que por el error⁵⁴, pero desde luego ciertos hechos que se dan por probados en las instancias (sustancialmente, que el producto se comercializó como un seguro contra las subidas del tipo de interés de referencia) abonan más la idea del dolo que la del error.

81. Hay otras vías que podrían haberse utilizado, pero el éxito que ha tenido la alegación del error posiblemente ha hecho que la inmensa mayoría de demandas se hayan basado en la existencia de tal error. Con una doctrina tan favorable a admitir el error como la que se ha expuesto ciertamente explorar otras vías no parece la estrategia más adecuada. Huelga decir, por otra parte, que los Tribunales no pueden entrar a valorar argumentos no expuestos por las partes, de forma que lo que acabo de señalar no es una crítica a las Sentencias, sino simplemente una puesta de manifiesto de que la jurisprudencia en este caso únicamente arroja una visión parcial del problema (la solución a los argumentos expuestos por las partes).

IV. Conclusiones

82. El Tribunal de Justicia comunitario dejó claro que las consecuencias contractuales del incumplimiento de los deberes de información y evaluación del riesgo derivados de la normativa MiFID son las fijadas por cada ordenamiento nacional. Al no existir normativa española específica, en los pleitos relativos a esta cuestión los litigantes han acudido a reglas de teoría general de la contratación, sustancialmente a la alegación de la existencia de error. Y la jurisprudencia española ha sido bastante generosa al admitir que concurrió error excusable porque, como se ha expuesto, considera que la falta de cumplimiento de los deberes MiFID hace presumir el error, y además hace presumir que el error es excusable. Por ende, ha predicado también esto de las situaciones PreMiFID. De esta forma, en vez de valorar en cada caso concreto si ha existido error, y si es excusable, ha partido de una premisa general (la presunción de que sí) que le conduce en la mayoría de casos a anular el contrato por error.

83. A mi juicio, la falta de información y de evaluación ciertamente puede incidir en la existencia de error. Pero todo debe depender del tipo de producto comercializado, de su complejidad (hay “instrumentos financieros complejos” muy fáciles de entender, sobre todo para empresas que utilizan normalmente financiación bancaria), de los conocimientos y experiencia previos del cliente, y de la información que se ha dado. Hay que ir caso por caso. En muchos casos puede haber habido falta de información clara, pero el inversor ha comprendido perfectamente el producto porque es sencillo y se adapta perfectamente a sus necesidades. Por lo tanto, no ha habido error. También puede darse el caso de falta de información previa expresa, pero el cliente podría haber entendido el producto si simplemente hubiera leído el contrato (que es claro), y no lo hizo (existe error, pero es inexcusable, podría haberse evitado con una diligencia media). En estos supuestos, permitirle que se prevalga de la falta de información para desvincularse de sus obligaciones no es lógico. Máxime cuando quiere desvincularse simplemente por una conducta oportunista, porque no le interesa ese contrato ya que las fluctuaciones del tipo de interés (que él sabía que se podrían producir, y que precisamente eran la causa del contrato) han ido en su contra.

⁵⁴ En este sentido MARÍN NARROS, “Los principales ... *cit.*”, pp. 1477-1479. Sobre el dolo como posible vicio de la voluntad a alegar, si bien en la comercialización de participaciones preferentes, MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, p. 3055.

84. Debe notarse que en la mayoría de supuestos estudiados los contratos celebrados eran *swaps* de cobertura, que cumplían una función correcta de “asegurar” al inversor un tipo de interés máximo aun en caso de subidas excesivas del EURIBOR; pero a costa de pagar un tipo de interés mínimo en caso de descensos relevantes de ese índice de referencia. Por lo tanto, un contrato con reciprocidad de prestaciones, e incluso con cierta equivalencia de éstas; pero un contrato “aleatorio”, porque la ganancia o pérdida depende de la fluctuación de una variable ajena a las partes. Cuesta creer, como a veces sin embargo sí cree el Tribunal Supremo, que el inversor no se daba cuenta de que en los supuestos en que bajara el EURIBOR, le tocaba pagar (y si no se dio cuenta, desde luego, es un error inexcusable); y que por eso haya que enfatizar al inversor que puede que salga ganando, pero también perdiendo.

85. Pues bien, nuestro Tribunal Supremo en vez de juzgar cada pleito caso por caso ha partido de una premisa: la falta de información y de evaluación de riesgo hace “presumir” el error, y además hace presumir la “excusabilidad” del error. Con ese punto de partida es fácil que en la mayoría de supuestos se falle a favor del cliente. Por supuesto que también hay casos en los que se falla en contra del cliente, cuando no ha existido error (porque hubo información clara) o cuando es inversor muy experto, pero resultan la excepción, y sólo en supuestos muy flagrantes. De esta forma, la excepción (la anulación por error) se convierte en regla. Se ha adoptado una postura *pro inversore*, que evoca las posturas *pro consumatore*. Y si bien puede tener cierto sentido una tendencia *pro consumatore* (que es la que tiene la normativa comunitaria, y que yo no comarto), porque cabe partir de que el consumidor no es un experto en temas ajenos a su actividad profesional, no lo tiene una tendencia *pro inversore*, sobre todo cuando en muchos casos el inversor es una empresa de tamaño medio que tiene que conocer cómo se financia la actividad empresarial, y los productos comercializados no tenían una especial complejidad.

86. Esta doctrina, además, incide de forma relevante en el mercado único comunitario de instrumentos financieros. Ciertamente se han armonizado las normas administrativas de protección al inversor a través de las sucesivas normativas MiFID, pero el aspecto contractual queda remitido a las normas privadas nacionales (no podía ser de otra forma, al no existir competencias para la Unión en materia contractual privada, en general). Sería deseable, por ello, que existiera una cierta “uniformidad” en el tratamiento contractual de las consecuencias de no cumplir las obligaciones de Derecho comunitario. Y para tal uniformidad, y ya que los países no van a ponerse de acuerdo, lo lógico sería aplicar reglas “clásicas” con criterios compartidos mayoritariamente por los ordenamientos privados europeos⁵⁵. En vez de eso, la jurisprudencia española se ha “inventado” una doctrina “ad hoc” que se separa de los criterios generales (al establecer una presunción), que evita el juzgar caso por caso (que es la esencia de un pleito), y que por ende favorece en principio a una de las partes. Aparte de los problemas de técnica jurídica, esto además posiblemente produzca una cierta distorsión en el mercado único de instrumentos financieros, y además una fragmentación porque las empresas de servicios de inversión verán desincentivada su actuación en ese país (y se debilita así, de facto, una aplicación real del principio de “pasaporte comunitario”)⁵⁶. En el fondo, de poco sirve armonizar los aspectos de regulación administrativa cuando las consecuencias contractuales siguen siendo competencia de cada país. Por otro lado, estas consideraciones muestran que las conductas protecciónistas pueden volverse en contra del sujeto protegido, porque productos financieros totalmente adecuados para las empresas como las permutas de tipos de interés pueden no comercializarse en España si existe una tendencia a considerarlos “peligrosos”, “abusivos” o “inadecuados” para un inversor no experto. Y no comarto la posible alegación de que bastará

⁵⁵ Acerca de los intentos normativos de unificación del Derecho privado europeo, que tuvieron su auge con el *Common Frame of Reference*, y que actualmente se encuentran paralizados, puede verse E. VALPUESTA GASTAMINZA, “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2013, vol. 5, núm. 1, pp. 199-216.

⁵⁶ Este aspecto ya ha sido remarcado por diversos autores, en general, respecto de la implementación de la Directiva MiFID y de la interpretación que realice cada país de cómo cumplir los deberes de información y evaluación del riesgo. Véase CASEY - LANOO, *op. cit.*, pp. 136 y ss.; *in extenso*, TISON, *op. cit.*, pp. 12-19. Un planteamiento de este tipo, comparando los derechos privados italiano y español, y remarcando la labor de los tribunales, en F. DELLA NEGRA, “The private enforcement of the MiFID conduct of business rules. An overview of the Italian and Spanish experiences”, *European Review of Contract Law*, vol. 10, issue 4, 2014, pp. 571-591, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2687477>

con cumplir adecuadamente los deberes de información y evaluación, porque resulta evidente que con la jurisprudencia que se ha establecido de hecho se “presume el abuso y el error”, en vez de valorar cada caso con sus propias características, y por mucha información que se proporcione la tendencia es a considerarla insuficiente.

VARIA

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO INDICIO
JUSTIFICATIVO DE LA “ACTIVIDAD DIRIGIDA” EN EL
CONTRATO INTERNACIONAL DE CONSUMO:
ANÁLISIS DEL FORO DE PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL

CAUSALITY AS EVIDENCE FOR “GUIDED ACTIVITY”
IN RELATION TO INTERNATIONAL CONSUMER CONTRACTS:
ANALYSIS OF THE RULE OF PROTECTION IN FAVOR OF
THE WEAKEST CONTRACTING PARTY

DAVID CARRIZO AGUADO

*Profesor ayudante de Derecho Internacional Privado
Universidad de León*

Recibido: 07.02.2016 / Aceptado: 09.02.2016

Resumen: El legislador europeo establece reglas especiales de competencia judicial internacional para los litigios derivados de las relaciones contractuales con consumidores. Este tipo de contratos se caracteriza por la existencia de una posición de asimetría entre las partes intervenientes (profesional-consumidor) que encuentra su reflejo en la dimensión procesal. El Reglamento (UE) 1215/2012, reequilibra tal escenario permitiendo al consumidor que ejerza sus derechos procesales bien ante los tribunales de su propio domicilio o bien ante los tribunales del domicilio del profesional. En el presente estudio se analiza legal y jurisprudencialmente la particular situación ante la cual el profesional no se desplaza físicamente al Estado del consumidor, pero dirige hacia él sus actividades en el marco de dos contratos celebrados sucesivamente entre el mismo consumidor e idéntico profesional. El Alto Tribunal europeo, admite la posibilidad de que ante un contrato que *a priori* no encaja como contrato de consumo, pueda beneficiarse del mencionado régimen protector. Ahora bien, es necesario que éste presente una conexión muy estrecha con la primera obligación contractual suscrita entre las mismas partes fruto de una «actividad dirigida» por el profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor. Es decir, el contrato conexo debe considerarse como prolongación directa de la «actividad profesional dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor, pues posee como fin principal, la satisfacción del objetivo económico que subyace de la relación contractual inicial.

Palabras clave: competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, art. 17.1 c) Reglamento (UE) 1215/2012, comercialización *on line*, actividad dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor, conexión material entre contratos concluidos por consumidor, publicidad transfronteriza.

Abstract: The European legislator establishes special rules of international jurisdiction for disputes arising from contractual relationships with consumers. This type of contract is characterized by the existence of a position of asymmetry between the parties involved (professional-consumer) which finds its reflection in the procedural dimension. Regulation (EU) 1215/2012, rebalances such a scenario allowing consumers to exercise their procedural rights or before the courts of his own domicile or in the courts of the place of business. In the present study it analyzed the particular legal and jurisprudential situation to which the professional is not physically moved to the State of the consumer, but headed out its activities under two contracts concluded on between the same consumer and professional identical. The European High Court admits the possibility that before a contract that *a priori* not fit as consumer contract, to benefit from this special scheme. Now it is necessary that it present a very close connection with the first contractual obligation between the same parties signed result of 'directed activity' by the

professional to the Member State of the consumer. That is, the related contract must be regarded as a direct extension of the “managed trade or profession ‘the Member State of the consumer, because it has as main purpose the satisfaction of economic purpose behind the initial contractual relationship.

Keywords: jurisdiction over contracts concluded by consumers, art. 17.1 c) Regulation (EU) 1215/2012, marketing online, activity to the Member State of the consumer, material connection between contracts concluded by consumers, cross-border advertising.

Sumario: I. Planteamiento introductorio. 1. Cuestiones preliminares. 2. Hechos controvertidos. II. La «actividad dirigida» a debate: el denominado “mercado de conquista”. 1. Regulación en el Reglamento (UE) 1215/2012. 2. Requisitos de aplicación. 3. Tipología contractual: especial atención al art. 17.1.c) Reglamento (UE) 1215/2012. 4. Contratos *on line*. III. Foros protectores hacia el consumidor: ¿Interpretación estricta? IV. Epílogo.

I. Planteamiento introductorio

1. Cuestiones preliminares

1. En los artículos 17 a 19 del Reglamento (UE) 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 mercantil¹, se recoge el régimen de competencia judicial internacional a la que están sometidos los contratos concluidos por consumidores².

Específicamente, en el art. 17.1.c) *in fine* se establece que serán de aplicación las normas protectoras de consumidores (art. 15.1.c), 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 mercantil³ en aquellos casos en los que el empresario dirija por cualquier medio sus actividades comerciales al Estado miembro del domicilio del consumidor.

¹ DOUE L 351/1, de 20 diciembre 2012. Para una presentación sintética de las principales modificaciones introducidas en el Reglamento (UE) 1215/2012 junto con una somera valoración de su significado a la luz de los objetivos iniciales de la reforma y de la evolución actual del Derecho internacional privado de la Unión Europea, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, núm. 8013, 2013.

² En materia de contratos de consumo, el Reglamento Bruselas I-bis, ha incorporado una novedad importante, encaminada a incrementar la protección de los consumidores en tanto parte débil de la relación litigiosa: cuando el demandado es el empresario no es necesario que éste posea su domicilio en un Estado miembro de la UE (*Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de la regulación europea relativa a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en el marco del nuevo reglamento “Bruselas I Bis” (1215/2012): una respuesta parcialmente frustrada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2015, pp. 91-92). Es decir, cuando el demandante es el consumidor y demanda a un empresario domiciliado en un tercer Estado, dispone de los mismos foros de los que disponía antes cuando el profesional estaba domiciliado en un Estado miembro; dicha extensión sólo beneficia a los contratos de consumo y trabajo, no a los de seguro (*Vid.* 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*, núm. 48, 2013, pp. 13-15).

³ DOUE 12, de 16 enero 2001. En el marco europeo, con la llegada Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, se introdujeron algunas modificaciones con la finalidad precisamente de recoger la nueva situación tecnológica y aplicar las normas específicas a los contratos de consumo celebrados electrónicamente. Cuando se trate de contratos electrónicos celebrados por destinatarios de servicios de la sociedad de la información que ostenten la condición de consumidores o usuarios entrará en juego lo dispuesto por los artículos 15 y siguientes del Reglamento, debiendo entenderse que cuando el consumidor accede a Internet, sujeta al prestador de servicios a la jurisdicción de su país de residencia, por aplicación del fuero del domicilio del consumidor. Parece razonable que este precepto -fruto de un intenso debate político y jurídico en las negociaciones respecto a su adopción, especialmente en lo concerniente a las relaciones entre el Reglamento y las ADR -*Alternative Dispute Resolutions*-, preocupe a los agentes económicos que ofrecen bienes y servicios por medios electrónicos, dada la inseguridad jurídica que produce el hecho de tener que actuar o defenderse en juicio ante órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros en los que sus actividades puedan ser accesibles (*Vid.* P. GONZÁLEZ GRANDA, “Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, pp. 25-26). La creación de una plataforma de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo se enmarca dentro de la política sectorial europea de protección de los consumidores. Por ello, la UE fomenta el establecimiento de vías alternativas a la judicial, para la resolución de controversias derivadas del consumo. La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 165/63), ha supuesto un nuevo avance en la protección de los consumidores dentro de la UE. Se caracteriza por su completa sustanciación en un entorno virtual electrónico, resultando innecesaria la presencia física de las partes o sus representantes en un lugar común (*Vid.* F. VALBUENA GONZÁLEZ, “La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año núm. 19, núm. 52, 2015, pp. 991-995; 1015).

2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, as. C-297/14, *Hobohm*, nos presenta la situación característica de justificar la existencia de una relación jurídica sometida al Derecho de Consumo⁴ nacida de dos contratos referidos a servicios diferentes y separados. Lo representativo y de mayor peso es que ambos presentan una conexión y un fuerte vínculo constituyendo así un indicio en la calificación de la «actividad dirigida» por el profesional hacia el Estado donde está radicado el consumidor⁵. Por ello, se puede llegar a admitir que el proceso deba sustanciarse ante los tribunales del domicilio del consumidor⁶ en virtud del foro contenido en el art. 18.1 Reglamento (UE) 1215/2012 (art. 16.1 Reglamento (CE) 44/2001).

3. Hasta la llegada de este fallo, el TJUE sólo había tenido la ocasión de valorar si existía o no una «actividad dirigida» en el marco jurídico de un único contrato⁷. Este pronunciamiento supone un avance en la medida que este requisito puede cumplirse en un contrato que considerado por sí solo no se halla directamente comprendido en el ámbito de la «actividad dirigida» por el profesional al Estado del domicilio del consumidor.

Al presentar un nexo con un contrato celebrado anteriormente entre las mismas partes en el marco de una actividad del profesional dirigida a dicho Estado, resultará tan determinante que, en todo caso, el consumidor podrá interponer la demanda relativa al segundo contrato ante los tribunales de su propio domicilio y no verse forzado a litigar ante los tribunales del domicilio del empresario.

2. Hechos controvertidos

4. El Sr. Kampik, que desarrolla su actividad profesional en España, firma un contrato de intermediación inmobiliaria⁸ con el Sr. Hobohm. El objeto del mismo es que el Sr. Kampik medie con

⁴ La fuerza del Derecho de Consumo sólo es real si existen los instrumentos necesarios para defender los derechos de los consumidores y usuarios. Uno de los principales valedores de sus derechos es la Administración autonómica y municipal. En mucho menor grado asumen esta función los Tribunales de Justicia. Un instrumento cada vez más importante en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios es el Arbitraje de Consumo (*Vid. K.J. ALBIEZ DOHRMANN, “Las reparaciones en el derecho de consumo”, en J. M. DE LA CUESTA SÁEZ / E. VICENTE DOMINGO / M.T. CARRANCHO HERRERO / J.M. CABALLERO LOZANO / R. DE ROMÁN PÉREZ (coords.), Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 51-52).

⁵ La condición se cumple cuando el empresario envía e-mails publicitarios a potenciales clientes en este Estado. Si un consumidor llegara a celebrar un contrato con un *web-site* que no está dirigido hacia el Estado miembro de su residencia habitual, se le considerará un consumidor activo, que ha provocado la internacionalidad del contrato; por tanto, no merece protección (*Vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Aspectos de Derecho internacional privado de las relaciones jurídicas en Internet”, en M. PEGUERA POCH (coord.), Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010). Es preciso poseer indicios que permitan determinar si una actividad está «dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor figurando entre ello expresiones manifiestas de voluntad de atraer a los consumidores de dicho Estado miembro, no siendo suficiente ni la existencia de página web ni la referencia a divisa o lengua concreta del país de domicilio del consumidor. El hecho de que el contrato no haya de ser necesariamente «a distancia», esto es, que no sea un requisito de aplicación, no implica que no cubra este tipo de contratos si se cumplen las condiciones del Reglamento. Tampoco es preciso que exista una relación causal entre la existencia de la página web y el contrato finalmente celebrado (*Vid. A. ARROYO APARICIO, “Artículo 17”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES / F.F. GARAU SOBRINO / M^a.L. LORENZO GUILLÉN / F.J. MONTERO MURIEL (coords.), Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 450-455).

⁶ En términos de economía procesal a un consumidor le resultará más conveniente iniciar el proceso ante los tribunales donde está el domiciliado. En primer lugar, porque la lengua en la que habrá de cumplimentar el formulario y en la que se sustanciará el procedimiento será la que utilice el tribunal ante el que se inicie el procedimiento, es decir, ante el que se presente el formulario (*Cfr. N. MARCHAL ESCALONA, “La protección del consumidor en los litigios transfronterizos de escasa cuantía en la Unión Europea y en América Latina, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (ed.), La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva del Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1044).

⁷ *Vid. STJUE 7 diciembre, as. C-585/08 y C-144/09, Peter Pammer y Hotel Alpenhof*; STJUE 6 septiembre 2012, as. C190/11, *Mühlleitner*; STJUE 17 octubre 2013, as. C-218/12, *Emrek*; STJUE 14 noviembre 2013, as. C-478/12, *Maletic*.

⁸ El contrato de intermediación inmobiliaria es el negocio jurídico por el que una persona (cliente) encarga a otra (agente), la compra o venta de una vivienda a una tercera persona bajo unas condiciones previamente pactadas. Esto es, el profesional tiene como objetivo facilitar la aproximación entre el comprador y el vendedor con el objetivo de que la compraventa se perficie. Por ello, el contrato de intermediación inmobiliaria se podría definir como aquel contrato en el que una de las partes se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un contrato de compraventa entre la otra parte

la inmobiliaria *Immobilien KG* para la adquisición de un apartamento en un complejo vacacional sito en Denia, Alicante. Dichos apartamentos se venden en Alemania a través de folleto publicitario cuya redacción está en idioma alemán.

En el año 2006, el Sr. Hobohm firma un contrato de compraventa con el vendedor de los apartamentos. Dos años más tarde, como consecuencia de dificultades financieras en la empresa promotora, se paralizaron las obras del complejo vacacional. Ante este hecho, el Sr. Hobohm otorgó un poder notarial al Sr. Kampik para que éste defendiera sus intereses en relación al contrato de compraventa que le vinculaba con la promotora. Este poder notarial se materializó en un contrato de mandato. A tenor de dicho contrato, el Sr. Hobohm realiza un pago⁹ a favor del Sr. Kampik en concepto de tercer pago restante del precio de compra del inmueble; seguidamente el Sr. Kampik ingresó este importe a favor de la empresa inmobiliaria.

5. Pero a partir del año 2009, surgieron ciertas desavenencias entre ambas partes como consecuencia de la insolvencia de la entidad promotora. Por ello, el Sr. Hobohm decide revocar el poder otorgado a favor del Sr. Kampik y así rescindir tal relación. *A posteriori*, el Sr. Hobohm decide iniciar un proceso judicial e interpone demanda ante los tribunales alemanes, que son los de su domicilio. La pretensión de la misma es la devolución de ciertas cantidades que han sido abonadas al Sr. Kampik.

Pues bien, la jurisdicción alemana se declaró incompetente territorialmente para conocer del asunto. Esta decisión fue recurrida por el demandante, y en apelación se le desestima igualmente, además de puntualizarse que no puede ser aplicable lo contenido en el art. 17.1. c) Reglamento (UE) 1215/2012. El foro de competencia del domicilio del consumidor no es admisible pues no puede depender la actividad de intermediación inmobiliaria realizada a través de «actividad dirigida» por el Sr. Kampik a Alemania con lo que se ventila en el proceso derivado del contrato de mandato.

6. Ante este postulado, el Sr. Hobohm decide interponer recurso de casación ante el Alto Tribunal alemán, fundamentando su pretensión en que la intermediación llevada a cabo por el Sr. Kampik en España consistía en una «actividad dirigida» a Alemania¹⁰. Ello estaba sustentado en que el Sr. Kampik ofrecía sus servicios en Internet¹¹ a través de página web redactada en alemán. Además, la dirección de

y un tercero que deberá de buscar (*Vid.* I. VIVES, “El contrato de intermediación inmobiliaria”, *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 144, 2014, pp. 44-45).

⁹ Del conjunto de operaciones de comercio internacional se deriva la obligación de realizar un pago y en general éste estará sujeto a diferentes leyes, tanto del ámbito material de la relación que une a las partes, como normas del ámbito formal que encierran y configura el propio medio de pago. Desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) 260/12, de 14 de marzo de 2012, la gestión de los cobros y pagos realizados en la zona SEPA ha sufrido modificaciones importantes, especialmente en aquellas operaciones de carácter transfronterizo. La integración del sistema de pagos europeo supone una armonización legislativa necesaria para los países involucrados, significando ello un cambio fundamental en las infraestructuras de los pagos, esencialmente en las transacciones “*on line*”. La creación de una zona única de pagos en Europa (SEPA) surge como consecuencia del deseo de armonizar los pagos electrónicos a nivel europeo, más en concreto las transferencias, los adeudos por domiciliación y las tarjetas de pago (*Vid.* D. CARRIZO AGUADO, “Las operaciones de pago “*on line*” en el territorio SEPA: especial atención a las transferencias transfronterizas y adeudos domiciliados”, *Cuadernos ASADIP/Jóvenes Investigadores*, núm. 1, 2015, pp. 51-65; *id.*, “La protección de los consumidores y usuarios en las operaciones de pago transfronterizas de la zona SEPA: Análisis del Reglamento (UE) núm. 260/2012, de 14 de marzo”, *Diario La Ley*, núm. 8257, 2014).

¹⁰ Para poder determinar si el profesional cuya actividad está ofertada en una página web dirige su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, procede comprobar previamente si, antes de la celebración del contrato, de la apariencia de la página web y de la actividad global del profesional podría derivarse de que éste último tenía la intención de comercializar sus productos en Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor. La intencionalidad del profesional se revela de este modo como un elemento a tener en cuenta (*Vid.* C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del DIPr Europeo”, en J-S. BERGÉ / S. FRANCO / M. GARDEÑES SANTIAGO (eds.), *Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, Bruxelles, 2015, pp. 368-370).

¹¹ El usuario de Internet que a través de la Red contrata servicios o adquiere mercancías y en general, quien celebra contratos a distancia por vía electrónica, no sólo puede concertar operaciones domésticas o internas, sino también internacionales. De hecho Internet, se ha revelado como una vía privilegiada para la intensificación de las posibilidades del comercio transfronterizo en la Unión Europea. La caracterización internacional de los contratos electrónicos resulta relevante, pues la averiguación de su régimen jurídico conlleva la necesidad de utilizar las normas de Derecho internacional privado (*Vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, *Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado*”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 1, 2009, p. 2172).

correo electrónico como punto de contacto estaba alojada bajo servidor de dominio de primer nivel: «.de»¹²; como tercer dato de interés, el número de teléfono era alemán; y por último, el método de publicidad llevado a cabo era a través de folleto también redactado en idioma alemán.

Indubitablemente, en el primer contrato, el de intermediación, se cumplirían todos los requisitos que permiten justificar la «actividad dirigida» y así encuadrar tal cuestión bajo el art. 17.1 c) Reglamento (UE) 1215/2012; en cambio, en relación al segundo contrato, el de mandato, no se cumple tal requisito, y por lo tanto se puede afirmar que no queda encajado bajo la modalidad de contrato de consumo. Así pues, el foro del domicilio del consumidor no será *a priori* aceptado como lugar de inicio del procedimiento. En todo caso, habría que acudir a las normas generales de contratación.

7. No obstante, el Tribunal Supremo alemán ofrece un razonamiento no presentado en anteriores instancias: la existencia de un nexo material entre el contrato de intermediación y el de mandato. Pues de no existir el primero, el segundo no se hubiera celebrado; y como dato clave que aporta soporte a la conexión entre ambos contratos, es que a pesar de que la obligación del primer contrato fue cumplida, el objetivo económico del mismo, no se logró, pues en ningún caso el Sr. Hobohm llegó a obtener el disfrute efectivo del apartamento vacacional que fue adquirido gracias a la actividad de intermediación inmobiliaria.

Ante esta situación en el curso de los hechos, el Alto Tribunal alemán suspende el procedimiento y decide elevar al TJUE la cuestión prejudicial¹³ para que éste se pronuncie al respecto.

II. La «actividad dirigida» a debate: el denominado “mercado de conquista”

1. Regulación en el Reglamento (UE) 1215/2012

8. Como bien se expone al inicio del presente estudio, los artículos 17 a 19 del Reglamento (UE) 1215/2012 (Sección 4^a, del Título II del Reglamento Bruselas I-bis), detallan la protección del consumidor a la hora de determinar la competencia judicial internacional¹⁴. Este articulado es una excepción tanto a la regla general de competencia establecida en el art. 4, que atribuye la competencia a los ór-
ga-

¹² Entre los dominios de nivel superior una primera categoría está formada por los de carácter nacional, al estar asociados a un concreto Estado. Se trata de más de 200 dominios que están integrados por dos letras que se corresponden con las dos letras correspondientes a cada Estado. Mayor valor económico y atractivo para los operadores, sobre todo para los que actúan a nivel internacional, tienen normalmente los nombres de dominio registrados bajo ciertos dominios de nivel superior que reciben la denominación de genéricos, por no ir referidos a un concreto país. Entre los nombres de dominio genéricos cabe distinguir los que no imponen restricciones respecto de las categorías de personas o entidades que pueden registrarlos, como es el caso de «.com», «.org», «.net», «.info» (*Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, Derecho Privado de Internet, 4^a ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 54-56*).

¹³ ¿Puede un consumidor interponer una demanda, en virtud del artículo 15, apartado 1, letra c), segunda alternativa, en relación con el artículo 16, apartado 1, segunda alternativa, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ante el tribunal del lugar en que tiene su residencia, contra su otra parte contratante, que ejerce actividades comerciales o profesionales en otro Estado miembro de la Unión Europea, cuando, aunque el contrato en que se basa la demanda no esté comprendido directamente en el marco de dicha actividad del socio contractual, dirigida al Estado miembro de residencia del consumidor, sí tiene por objeto conseguir el éxito económico perseguido con otro contrato celebrado anteriormente entre las partes y ya ejecutado, que está comprendido en el ámbito de aplicación de las disposiciones citadas al inicio?

¹⁴ Según lo dispuesto en el art. 17.1, la competencia quedará determinada por las normas de la Sección 4^a, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 6 y en el art. 7 punto 5. La remisión que realiza esta disposición implica que el ámbito de aplicación de dicha Sección se vincula al domicilio del demandado. Teniendo en cuenta que pocos contratos de consumo conllevarán competencia exclusiva y que difícilmente un contrato de consumo celebrado con un empresario domiciliado fuera del territorio de la Unión incluirá una cláusula de sumisión a los tribunales de un Estado miembro cuando el demando esté domiciliado en un Estado tercero, la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado miembro vendrá determinada por las normas de competencia interna, la denominada competencia residual; si bien el principal objetivo de estas normas es proteger al consumidor acercándole el foro a su entorno socio-económico, no se entiende que dicha protección dependa de la localización del domicilio del demandado máxime si se tiene en cuenta que generalmente en este tipo de litigios el consumidor suele ser el demandante (*Vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, “Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros estados”, Anuario español de derecho internacional privado, núm. 9, 2009, pp. 288-289*).

nos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, como a la regla de competencia especial en materia contractual, contenida en el art. 7, apartado 1, letra a), según la cual el tribunal competente es el del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda¹⁵.

9. Los conceptos utilizados en el Reglamento (UE) 1215/2015, y, en particular, los que figuran en el art. 17, apartado 1, letra c) de éste, deben interpretarse de forma autónoma, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros¹⁶.

El objetivo esencial de estas normas se centra en proteger al consumidor a la hora de fijar el sistema de competencia judicial internacional, puesto que su posición en la fórmula contractual es débil respecto del empresario¹⁷. Para lograr un cierto equilibrio en las posiciones de las partes¹⁸, la política de protección de los consumidores¹⁹ en este sector conduce, por una parte, a la posibilidad de que se abra un foro próximo a los mismos, y por otra parte, limitar los efectos de las cláusulas de sumisión a favor de los tribunales de un Estado, que con frecuencia, son impuestas por el empresario como parte fuerte en el contrato²⁰.

10. Esta protección jurisdiccional tiene su verdadero fundamento en que la mayoría de los contratos de consumo son contratos de adhesión o con fórmulas de predisposición del empresario hacia el

¹⁵ De ello resulta que tal excepción ha de ser necesariamente objeto de una interpretación estricta, pues restrictivamente debe realizarse toda excepción a una regla general (*Vid. STJUE 23 diciembre 2015, as. C-297/14, Hobohm; STJUE 28 enero 2015, as. C-375/13, Kolassa; STJUE 6 septiembre 2012, as. C-190/11, Yusufi; STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, Českás*).

¹⁶ *Vid. STJUE 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, Peter Pammer y Hotel Alpenhof GesmbH.* Al respecto de este pronunciamiento, *vid. M.J. MATIAS FERNANDEX*, “O conceito de «Actividad Dirigida» inscrito no artigo 15º, numero 1 alinea c). Do Regulamento “Bruxelas I” e a Internet: subsidios do Tribunal de Justiça por ocásiao do acórdão Pammer/Alpenhof”, *CDT*, Vol. 4, n.º 1, 2012, pp. 302-315.

¹⁷ Las normas que conforman las Secciones 3^a, 4^a y 5^a del Capítulo II del Reglamento (UE) 1215/12 presentan, como denominador común, un marcado interés protector respecto de la parte que se entiende más débil dentro de la relación jurídica contractual (asegurado, consumidor y trabajador), diseñándose un sistema competencial en el que destacan dos circunstancias: Si la demanda se interpone frente a la parte más débil de la relación jurídica (asegurado, consumidor o trabajador), aquélla deberá presentarse ante el órgano judicial sito en el domicilio de ésta última. Si, por el contrario, es la parte débil de la relación jurídica la que demanda (asegurado, consumidor o trabajador), ésta podrá siempre optar por presentar su demanda ante el órgano judicial sito en su propio domicilio o, en el domicilio del demandado (*Vid. O. FOTINOPOLOU BASURKO*, “Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados”, *Aranzadi Social*, vol.1, n.º 10, 2008, p. 78; P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002, p. 98; Y. MANEIRO VÁZQUEZ, “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2010, pp. 291-304; F. SALERNO, *Giurisdizione ed eficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n.º 44/2001 (la revisione Della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3^a ed., CEDAM, Padova, 2006, p. 224).

¹⁸ La desigualdad entre consumidor y empresario es evidente. La asimetría de información que ambos disponen, hace entrever que el cliente pueda tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se le prestan (*Vid. in extenso, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, / D. CARRIZO AGUADO* “¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Clasificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE 15 de enero 2015. -Asunto C537/13- (SIBA)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2015, pp. 149-167).

¹⁹ La política de protección de los consumidores a nivel comunitario se ha ido construyendo a lo largo de los años como un principio esencial en el funcionamiento de la Unión, recogido y desarrollado tanto en el llamado Derecho originario como en el Derecho derivado. Dichas actuaciones políticas se conforman para el buen funcionamiento del mercado interior. No será hasta la Conferencia de Jefes de Estado de París, celebrada el 19 y 20 de octubre de 1972 (Cumbre de París), cuando se comienza a ejecutar una política ordenada en materia de consumo, solicitándose allí de los órganos comunitarios elaborar un programa específico para robustecer y coordinar medidas de protección al consumidor (*Vid. V. GONZALO LÓPEZ*, “Políticas y programas europeos de protección jurídica de los consumidores”, en J.L. TOMILLO URBINA (dir.), J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), *La protección jurídica de los consumidores en el Espacio Euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 25-26).

²⁰ Como excepción a la regulación general, al consumidor, como parte débil en la relación, se le otorga la posibilidad, entre otras, de que pueda litigar ante los tribunales del lugar de su domicilio. En la actualidad no hay que olvidar que el consumidor con el fin de satisfacer sus necesidades, se ve enfrentado a una verdadera avalancha de ofertas de difícil diferenciación, que conjuntamente con la utilización de diversas técnicas publicitarias, dificultan enormemente la capacidad de elección de aquél. (*Vid. E. FERNÁNDEZ MASÍA*, “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento Comunitario 44/2001”, *Estudios sobre consumo*, n.º 63, 2002, p. 14).

consumidor²¹. Ello conlleva como efecto directo la escasa o nula negociación de las diversas cláusulas que puede contener el mismo, entre las que suele encontrarse una sumisión a determinados tribunales²², lógicamente dónde está radicado el empresario o su actividad empresarial.

2. Requisitos de aplicación

11. La protección legal otorgada al consumidor, contenida en la Sección 4^a del Título II Reglamento (UE) 1215/12, debe cumplir las siguientes exigencias para que se proyecte lo deseado por el legislador comunitario.

En primer lugar, el contrato ha de ser concluido por un consumidor²³; debe existir como requisito *sine qua non* que la otra parte contratante sea un profesional y así el contrato será incardinado bajo la modalidad de contratos de consumo y no pueda ser encuadrado en las normas generales de la Sección 1^a del Capítulo II (artículos 4 a 6 Reglamento (UE) 1215/12). Tenemos que considerar «consumidor» aquel que adquiera bienes y servicios «para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional»²⁴. La relevancia del criterio objetivo de la «actividad profesional», gira en torno a la calificación autónoma

²¹ El formalismo del Derecho privado europeo se manifiesta esencialmente en la contratación de consumo, que generalmente incluye contratos de adhesión y condiciones generales y un contenido contractual legal predeterminado. La forma tiene básicamente carácter protector del consumidor frente al empresario (*Vid. E. ARROYO I AMAYUELAS*, “¿Qué es forma en el Derecho contractual comunitario de consumo?”, en M.P. FERRER VANRELL / A. MARTÍNEZ CAÑELLAS (dirs.), *Principios de derecho contractual europeo y principios de unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 230-242).

²² La autonomía de la cláusula atributiva de competencia con respecto al resto del contrato comporta que sea indiferente que el contrato deba redactarse según la ley que lo rige en un determinado idioma, distinto al que se ha empleado o al menos distinto al idioma de la cláusula de sumisión. La cláusula será eficaz en la medida en que respete los criterios formales recogidos en el propio Reglamento (*Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS*, “El idioma en el contrato en el derecho Internacional Privado”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 166-169).

²³ El concepto existente de consumidor ha sido interpretado de manera restrictiva por la jurisprudencia europea, enfatizando que consumidor final privado es aquel que no participa en actividades comerciales o profesionales y que sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado del individuo. Así se puede afirmar que cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante (*Vid. S. CÁMARA LAPUENTE*, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *CDT*, Vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 86-87). También merece una mención de manera sucinta el concepto de «consumidor medio» que nos ofrece la jurisprudencia comunitaria. La primera sentencia en donde encontramos la identificación conceptual es en la STJCE 16 julio 1998, as. C-210/96, *Gut Springenheide*; lo define como aquel que está normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (fundamento 31). Si bien es cierto que esta idea supone una regresión en la tutela ofrecida al consumidor por las diferentes normas europeas. Por ello, se debe interpretar de manera restrictiva quedando residenciado de manera exclusiva al ámbito de las prácticas comerciales desleales, bien sean engañosas o agresivas (*Vid. J. CAYÓN DE LAS CUEVAS*, “Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en el Derecho de la Unión Europea”, en J.L. TOMILLO URBINA (dir.) / J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), *La protección jurídica de los consumidores en el espacio Euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 57-59). No encuentra acomodo en la noción de consumidor el pequeño comerciante que contrata vía electrónica con una gran empresa (*Cfr. S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR*, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores: la elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial en la resolución de conflictos*, Comares, Granada, 2006, p. 42).

²⁴ El concepto de consumidor se define únicamente a partir de su actuación no empresarial o profesional. Ello permite incluir dentro de esta definición al consumidor «ahorrador o inversor», que contrata algún tipo de servicio financiero con el fin de obtener de su dinero una rentabilidad, ya sea mediante un depósito bancario con la obligación de devolución del principal una vez vencido el plazo pactado ya sea mediante un valor negociable con la posibilidad de venderlo en un futuro a un precio superior al que lo adquirió. Lo verdaderamente importante en este caso como en los demás, es que tales actividades no se hagan de forma profesional (*Vid. R. ARENAS GARCÍA*, “Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 48, núm. 1, 1996, pp. 46-50). En concreto la STJUE 14 marzo 2013, as. C-419/11, *Česká*, el Alto Tribunal estima que sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Convenio para la protección del consumidor, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (fundamento núm. 34). En este mismo sentido el juzgador europeo ha seguido durante décadas esta línea de pensamiento, como así consta en los siguientes pronunciamientos: STJCE 19 enero 1993, as. C-89/91, *Shearson Lehman Hutton*; STJCE 3 julio 1997, as. C-269/95, *Benincasa*; STJCE 20 enero 2005, as. C-464/01, *Gruber* (*Vid. B. AÑOVEROS TERRADAS*, “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el fórum actoris a favor del consumidor”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, pp. 1737-1744; J. VANNEROM, *Consumer Notion: Natural or Legal Persons and Mixed Contracts, Landmark cases of EU consumer law: in honour of Jules Stuyck*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 57-72).

del concepto de consumidor²⁵. El objetivo es evitar ciertos inconvenientes que se pueden derivar de la diversidad conceptual en torno a esta noción en las legislaciones de los Estados miembros²⁶. En el caso de que el objeto del contrato tenga una doble finalidad, privada y profesional, sólo se aplicará la Sección 4^a del Título II Reglamento (UE) 1215/12, cuando el destino privado constituya el verdadero «centro de gravedad» del contrato²⁷.

12. La expresión recogida en el art. 17, apartado primero del Reglamento (UE) 1215/12, «que puede considerarse», significa que las normas sobre protección de consumidores recogidas en el Reglamento (UE) 1215/12, sólo pueden aplicarse si el consumidor actúa en el tráfico comercial con “apariencia externa” de tal consumidor²⁸. Si dicho consumidor se presenta y opera como un “profesional” frente a terceros, es entonces un “consumidor oculto”, y como tal, no puede beneficiarse de las reglas específicas del Reglamento (UE) 1215/2012.

²⁵ A tenor de los dispuesto en el art. 2, apartado 1, de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 304/64, de 22 noviembre 2011), “consumidor es toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. Si bien, el consumidor prototípico europeo viene determinado por aquella persona física, cuya formación le proporciona capacidad para conocer y comprender la información que ponen a su disposición los agentes económicos, así como la habilidad precisa para evitar o remediar el engaño o la confusión. Este consumidor medio para referirse a la persona razonablemente atenta y bien informada es acorde a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad. Los atributos representados por la seguridad, información y capacidad adicionan un plus al término consumidor, cualificando al presunto destinatario de las compraventas *on line*, tanto por su formación o preparación como por su actitud o conducta diligente. Esta conclusión gana fortaleza comparando al consumidor con las funciones anudadas a su posición jurídica en la relación con el empresario. En este sentido, el consumidor deberá conocer antes de adquirir el documento contractual de manera profusa y en profundidad. El consumidor tipo estaría determinado por el consumidor formado e informado (*Vid. M^a. S. FLORES DOÑA, “El consumidor cualificado e informado en la compraventa on line intracomunitaria”, en G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ / A. DÍAZ MORENO (dirs.), J. BRENES CORTÉS / I. LÓPEZ DE LA TORRE / M. PACHECO CAÑETE (coords.), *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 76-78.*) La razón de ser de la protección en la contratación a distancia es la situación de desventaja en que se encuentra el consumidor respecto de aquel que contrata presencialmente: si se trata de un bien, porque no puede ver el producto antes de contratar; si se trata de un servicio, porque tampoco puede probarlo. A diferencia de lo que sucede en la contratación fuera del establecimiento, en la técnica de contratación a distancia no está presente el elemento de sorpresa o de presión psicológica a la que se ve sometido el consumidor que se ve abordado por el comerciante en su casa o lugar de trabajo (*Vid. E. ARROYO I AMAYUELAS, “La contratación a distancia en la directiva de protección de los derechos de los consumidores”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), / E. ARROYO I AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 246-247*). El origen de los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial atiende al reconocimiento de determinadas prácticas comerciales consistentes en que el empresario intenta realizar sus ventas fuera del establecimiento donde tiene canalizada su actividad económica; la nota fundamental consiste en que el orden de actuación de los sujetos que intervienen se invierte, siendo el vendedor el que intenta atraer la atención del consumidor para que compre en situación inesperada o ajena inicialmente a su voluntad por realizarse fuera de un contexto buscado por el consumidor (*Vid. M^a. J. REYES LÓPEZ, “Contratos celebrados fuera de establecimiento comercial”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.) / E. ARROYO I AMAYUELAS, (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 285-286*).

²⁶ En torno a este argumento y al análisis del concepto de consumidor desde la perspectiva hermenéutica y doctrinal, *vid. J.I. PAREDES PÉREZ, “Derecho de los consumidores. Doctrina: Noción de consumidor contratante”, Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 10, 2006, pp. 55-57; M. AUDIT, “L’interpretation autonome du droit international privé communautaire”, *Journal du droit international*, núm. 3, 2004, p. 790.

²⁷ STJCE 20 enero 2005, as. C-464/01, *Gruber*.

²⁸ La regulación protectora sólo entra en juego ante el «consumidor final privado» que no participa en actividades comerciales o profesionales (*Vid. sobre la interpretación de este concepto: C. ESPUGUÉS MOTA, “Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 12, 1993, pp. 961-965; M. GUZMÁN ZAPATER, “Cesión de crédito y noción de consumidor: segunda decisión del TJCE sobre la competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo en el Convenio de Bruselas. Comentario a la STJCE de 19 de enero de 1993”, *La Ley Comunidades Europeas*, núm. 82, pp. 1-7; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Delimitación de la noción de consumidor en la contratación internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968”, *La Ley*, 1997-6, D-344, pp. 1651-1660).

En este punto se hace necesario aclarar que se restringe la posibilidad en aquellas situaciones en las que las asociaciones de consumidores²⁹ ejerciten acciones en favor de éstos: pues la cuestión es que no serán consideradas consumidores³⁰, puesto que el contrato no ha sido celebrado por un consumidor y profesional, y el objeto del proceso no se refiere a un contrato sino a materia no contractual, como es la declaración general de la ilicitud de ciertas condiciones generales de la contratación³¹.

13. En lo que respecta a la otra parte contratante, sujeto con el que contrata el consumidor, éste ha de ser un profesional, es decir, aquel que actúa en el tráfico jurídico no como mero particular sino inmerso en una actividad profesional. Es decir, de tal situación se debe predicar un desequilibrio de fuerzas que ha de caracterizar a dicha relación contractual³².

Cuando las adquisiciones realizadas por los profesionales no se relacionan con el tráfico peculiar de su profesión, éstos podrían ser considerados como consumidores y usuarios. No obstante, hay que tener en cuenta que normalmente los profesionales se encuentran en una situación si no de superioridad,

²⁹ Es indispensable que el demandante o demandado en un procedimiento sea el propio consumidor de manera personal, excluyéndose la posibilidad de utilizar estos foros de protección por parte de las asociaciones de consumidores para ejercitar acciones colectivas. Igualmente, se excluye de la condición de consumidor a aquella persona que realiza un contrato cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior (*Vid. E. FERNÁNDEZ MASÍA*, “Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea”, *Estudios de Consumo*, núm. 56, 2001, pp. 9-14). Las acciones colectivas de reparación es una gran desconocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pues sólo están previstas en Bulgaria, Alemania, Dinamarca, Francia y Grecia; es estos países el derecho al ejercicio de este tipo de tutela recae en las asociaciones de consumidores o en un organismo público como es el caso de Dinamarca (*Vid. J.I. PAREDES PÉREZ*, “Licencias de Derechos de propiedad y las acciones colectivas en el Reglamento “Bruselas I”: una aproximación desde la perspectiva de los intereses de los consumidores”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 9, 2009, pp. 362-363). El hecho de que el recurso colectivo se caracterice porque en la posición de demandante está incluida una colectividad de afectados que permanecen ausentes al proceso, ha llevado a debatir sobre si debería aplicarse el principio de proximidad razonable a los mismos, para respetar el proceso debido y asegurarse la existencia de competencia judicial internacional también en relación con los miembros del grupo demandante. Dicho principio siempre ha de operar en relación con el demandado, pero como quiera que en la acción colectiva se pueden resolver derechos económicos de ausentes, también habría que garantizar que el tribunal es próximo al grupo. La cuestión de la competencia judicial internacional se aborda de una manera rígida, por ello la vinculación razonable del tribunal al asunto concierne tanto al demandado como a quienes ocupen la posición de demandante (*Vid. L. CARBALLO PIÑEIRO*, “La construcción del mercado interior y el recurso colectivo de consumidores”, en F. ÉSTEBAN DE LA ROSA, (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva del Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1069-1071). La regulación de los procesos colectivos es un tema pendiente en Europa; es una realidad que este fenómeno globalizador en las relaciones comerciales ha supuesto un elevado incremento del riesgo de abuso hacia la parte más débil de estas relaciones jurídicas, es decir, los consumidores y pequeñas empresas. Se trata de un fenómeno previsible de las relaciones comerciales en sentido amplio. Desde la perspectiva del Derecho Europeo, la Comisión ha incrementado su interés en materia de derecho de la competencia y derecho de consumo, como ámbitos en los que la justicia de colectivos y grupos de litigantes adquiere una visible importancia no solo desde la perspectiva judicial sino también de las ADRs. La legislación europea ha previsto un modo rápido y eficiente de reclamar un título ejecutivo en procesos transfronterizos de escasa cuantía y para créditos no impugnados (*Vid. E. MARTÍNEZ GARCÍA*, “Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea”, en J.L. GÓMEZ COLOMER / S. BARONA VILAR / M.P. CALDERÓN CUADRADO (coords.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1317-1319).

³⁰ Los foros previstos en la Sección 4^a, sólo pueden invocarse cuando la acción colectiva, no sea más que una acumulación de acciones contractuales individuales, y por consiguiente, los actores sean los propios consumidores (litisconsorcio activo), o cuando la asociación actúa como mero representante en nombre y por cuenta de los consumidores, es decir, en los supuestos de legitimación extraordinaria por representación (*Vid. M. VIRGOS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ*, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, pp. 173-174).

³¹ El Alto Tribunal Europeo, incide en la imposibilidad de ejercitar acciones subrogándose en la posición del consumidor afectado, por lo que pone coto al ejercicio de acciones por cualquier otra persona en el lugar del consumidor (*Vid. STJCE 19 enero 1993, as. C-89/91, Shearson Lehman Hutton*).

³² E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento Comunitario 44/2001”, *Estudios sobre consumo*, núm. 63, 2002, p. 15. El desequilibrio de fuerzas por sí solo no permite poner en funcionamiento el juego de los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores, siempre es necesario la presencia de un consumidor en la relación contractual, quedando excluidos aquellos pequeños comerciantes que contratan con grandes empresas, y ello porque tales sujetos operan con la nota de profesionalidad en el mercado (*Vid. L.F. CARRILLO POZO*, “Comentario al artículo 13”, en CALVO CARAVACA, A.L. (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pp. 276-277).

sí más ventajosas que el simple consumidor, en razón de sus conocimientos técnicos, de las informaciones de que dispone y a menudo de sus capacidades financieras³³.

En la propia jurisprudencia comunitaria encontramos la exigencia en la que se enuncia que para que se proteja al consumidor, la otra parte contratante ha de ser un verdadero profesional. Es decir, no serán de aplicación las normas de consumo en aquellos contratos que estén celebrados entre dos personas que realizan actividades comerciales o profesionales³⁴.

3. Tipología contractual: especial atención al art. 17.1.c) Reglamento (UE) 1215/2012

14. En el estudio de los contratos de consumo, se hace necesario indicar que en el momento de la delimitación de los tribunales competentes es necesario recordar que sólo los contratos recogidos en el art. 17, apartado 1, estarán incluidos como contratos de consumo. Es decir, no todo contrato en el que participa un consumidor es un contrato de consumo protegido por el Reglamento (UE) 1215/2012; debe tratarse de los siguientes que a continuación se detallan.

En primer lugar, que se considere una venta a plazos de mercaderías [(art. 17.1 a)]³⁵; en segundo término, que sea un préstamo a plazos o de alguna otra operación vinculada a la financiación de la venta de tales bienes [(art. 17.1 b)]; y por último aquellos contratos en los que el cocontratante del consumidor ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro donde está domiciliado el consumidor o por cualquier medio dirija dichas actividades al Estado miembro o varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades [(art. 17.1 c)]³⁶. En relación a esta última formulación, el Alto Tribunal europeo ha señalado que es apli-

³³ Si tenemos en cuenta que la protección ofrecida a los consumidores responde a la necesidad de equilibrar situaciones jurídicas donde una de las partes está en situación de inferioridad, resulta excesivamente problemático una asimilación sistemática en este sector en la que intervienen pequeños y medianos empresarios, existiendo el riesgo de difuminar la noción misma de consumidor. Problema distinto son los actos realizados por los profesionales que se salen fuera de la esfera de su competencia, pues en estos casos sí que son profanos y corren el riesgo de encontrarse en una situación de inferioridad comparable con la del consumidor. En definitiva, la noción de consumidor se moverá entorno a dos concepciones: unas más amplia y otra más estricta: la primera, busca proteger a toda persona que contrata fuera de su profesión; y la segunda centra su atención en no extender en exceso la protección del consumidor (*Vid. G.A. BOTANA GARCÍA*, “La protección de los consumidores en los contratos electrónicos”, *Actualidad civil*, núm. 3, 2015, pp. 56-58).

³⁴ STJUE 5 diciembre 2013, as. C-508/12, *Walter Vapenik* [...] procede constatar que tampoco existe un desequilibrio entre las partes en una relación contractual como la controvertida en el litigio principal, a saber entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales. Por tanto, dicha relación no puede someterse al régimen de protección aplicable respecto de consumidores que celebran contratos con personas que realizan actividades comerciales o profesionales (Fundamento núm. 33)]. En el Derecho interno español, consumidor puede ser persona física o jurídica, siempre que actúe con propósito ajeno a su actividad profesional. Dicha persona jurídica no puede tener una actividad empresarial o profesional, ni actuar con ánimo de lucro. Inclusive se considerarán consumidores a entes que sin personalidad jurídica, como las comunidades de vecinos, contraten sin ánimo de lucro y al margen de su actividad comercial o empresarial (*Vid. M. T. ÁLVAREZ MORENO*, *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015, pp. 26-27). Hay autores que consideran que no es acertada la calificación de consumidor hacia las personas jurídicas, puesto que una de las razones que justifican la protección del consumidor radica en que, a diferencia de los empresarios, los consumidores carecen de una organización que les permita «autoprotegerse», circunstancia que no concurriría en los casos de las personas jurídicas, aunque actúasen sin ánimo de lucro (*Vid. C. LASARTE ÁLVAREZ*, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 62-63).

³⁵ La STJCE 29 abril 1999, as. C-99/96, *Hans-Hermann Mietz*, aclara el concepto de venta a plazo de mercaderías. No estarán concebidas como ventas a plazos, aquellas en que el precio se deba pagar de manera íntegra, aunque sea en distintos plazos, antes de la entrega del bien al comprador. Es decir, debe existir una transmisión de la posesión del bien al comprador antes del pago completo del precio (*Vid. M. REQUEJO ISIDRO*, “HANS HERMANN MIETZ V: INTERSHIP YACHTING SNEEK BV: venta a plazos y medidas cautelares, y otras cosas (que el tribunal no resuelve): Comentario a la STJCE de 27 de abril de 1999”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1999, pp. 1990-1993).

³⁶ Solamente protege a los consumidores pasivos, también llamados «sedentarios» o «estáticos». Para que se pueda aplicar este foro de competencia judicial internacional es necesario que la operación contractual repercuta en el mercado del país donde está domiciliado el consumidor. Es este sentido, se exige que, o bien el profesional ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o bien, que por cualquier medio dirija tales actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estado miembros, incluido el del domicilio del consumidor, siempre que el contrato se incluya en el marco de dichas actividades (*Vid. E. CASTELLANOS RUIZ*, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 12-13).

ble a contratos entre presentes, por lo que protege al consumidor frente a las mencionadas tácticas de «deslocalización»³⁷.

15. El *Stream-of-Commerce* se produce cuando el empresario dirige mediante Internet un *e-mail* publicitario³⁸ a un posible consumidor domiciliado en otro Estado o cuando el empresario dispone de una página *web* comercial por la que expresamente se pueden adquirir productos o servicios por parte de los consumidores domiciliados en un país concreto³⁹. Se trata del «mercado de conquista» del empresario⁴⁰. Lo que se ha de tener en cuenta, es que no presentan plena protección vía Reglamento comunitario aquellos consumidores que traspasan las fronteras de su Estado de residencia habitual para contratar con un profesional si la publicidad⁴¹ no se le ha enviado al Estado miembro de su domicilio, es decir, no protege a los consumidores denominados activos⁴².

Si bien es cierto que esta inclusión realizada por el legislador europeo, está pensada esencialmente para las contrataciones realizadas a través de Internet⁴³. La red de redes⁴⁴, ha comportado un

³⁷ STJUE 6 septiembre 2012, as. C-190/11, *Yusufi*.

³⁸ Cuando el prestador de servicios envíe correos electrónicos publicitarios a los consumidores domiciliados en uno o varios Estados miembros, o cuando su página web esté diseñada de forma específica para facilitar información sobre sus productos o servicios y la contratación de los mismos, habrá que entender que está dirigiendo de forma intencionada sus actividades comerciales o profesionales hacia esos mercados en el sentido de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 17.1 del Reglamento (UE) 1215/2012. En ambos casos, -comunicaciones por correo electrónico o acceso a través de lo que se denomina página web interactiva- la conexión con el domicilio del consumidor resulta evidente al objeto de determinar la competencia judicial internacional de sus tribunales en la contratación electrónica B2C (*Vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ*, “El criterio del International Stream-of-Commerce y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *CDT*, Vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 194-195). En el caso de los prestadores que proveen servicios a escala global, con presencia de contenidos en español relativos a la prestación del servicio y que tienen un número muy elevado de usuarios en España no resultará normalmente problemático concluir que las actividades de tales prestadores en el marco de las cuales se integran sus contratos con consumidores con residencia habitual en España se encuentran dirigidas, entre otros países, a España (*Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO*, “Entretenimiento en línea y protección de los consumidores, *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política*”, núm. 15, 2012, p. 24).

³⁹ En los supuestos de contratación a través de página web interactivas se permite la comunicación bidireccional en línea, de modo que el mensaje será transmitido y recibido en el mismo momento. Más problemática gira en torno al correo electrónico. Podría equiparse al correo postal, pues en ambos casos, el remitente envía su comunicación a través de una tercera parte; la correspondencia llega al mail box del destinatario y el mensaje no es leído hasta que sea abierto por el receptor. No es un medio interactivo, ni facilita el intercambio simultáneo de información, aunque permite recibir la aceptación de la oferta contractual en segundos, también pueden transcurrir horas, días o semanas antes de que se lea o conteste el mensaje (*Vid. A. LARA AGUADO*, “La formación del contrato de consumo electrónico”, en *F. ESTEBAN DE LA ROSA* (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva del Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 322-323).

⁴⁰ Este «mercado de conquista» en la contratación *on line*, en principio, puede ser cualquier mercado estatal. No es necesario que el consumidor haya realizado los actos necesarios para su celebración dentro del Estado de su domicilio; por lo que también quedarían protegidos los contratos en los que el consumidor se desplaza al extranjero y allí realiza el encargo (*Vid. E. CASTELLANOS RUIZ*, “El concepto de actividad profesional “dirigida” al Estado miembro del consumidor: stream-of-commerce”, *CDT*, Vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 79-80).

⁴¹ El empleo de Internet con finalidad comercial ha ido unido a la aparición de un gran número de formatos publicitarios: *baners* o etiquetas y botones; ventanas emergentes (*pop-up-windows*); ventanas con spot publicitario (*superstitials*); inserción de textos publicitarios en mensajes de correo electrónico (*e-text*). El carácter novedoso y cambiante de algunos formatos publicitarios utilizados en Internet, junto a la heterogénea presentación de contenidos y su configuración como método interactivo abren múltiples posibilidades de proporcionar información publicitaria, siendo importante que se ponga a disposición de los destinatarios de manera que no pueda inducir a error (*Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO*, *RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD TRANSFRONTERIZA*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 177-178).

⁴² P.A. NIELSEN, “Art. 15”, en *U. MAGNUS / P. MANKOWSKI* (eds.), *Brussels I Regulation*, 2^a ed., Sellier, Munich, 2012, p. 380.

⁴³ La consecuencia última de esta previsión no es otra que la de aceptar la posibilidad de que, en el ámbito de la Unión Europea, las empresas que practican el comercio electrónico podrán ser demandadas ante los tribunales de los Estados miembros donde están domiciliados los destinatarios de sus actividades (*Vid. C. MARTÍN BRAÑAS*, “El Reglamento 44/2001 una evolución en materia de consumo”, *Diario La Ley*, núm. 7706, 2011, versión *on line*).

⁴⁴ La red de redes crece, en numerosos ámbitos, a un ritmo imparable. Este hecho, se puede afirmar, augura unas transformaciones muy significativas en el escenario empresarial. Incluso a este respecto se puede manifestar que las transacciones comerciales operadas a través de tal canal representan una aportación tecnológica que conlleva un alto poder innovador para las empresas. Representa una pieza clave en el despegue y la consolidación de Internet en general y el comercio electrónico en particular. Este último, incluye la contratación electrónica en sentido estricto y la publicidad interactiva (*Vid. A.J. MONROY ANTÓN / D. LÓPEZ JIMÉNEZ*, “El comercio electrónico de calidad: compromisos empresariales asumidos en beneficio del consumidor”, *Innovar: revista de ciencias administrativas y sociales*, Vol. 23, núm. 47 (enero-marzo), 2013, pp. 41-42).

incremento sin precedentes del comercio electrónico transfronterizo de consumo⁴⁵, sobre todo por la posibilidad que brinda a los consumidores y usuarios para poder adquirir bienes y servicios desde la comodidad de su propia casa⁴⁶, sin que lleguen a ser realmente conscientes de que el contrato que están concluyendo posee carácter internacional⁴⁷.

16. A la hora de proceder al análisis del art. 17.1 c), debemos iniciarla en base a dos condiciones esencialmente basadas en el comportamiento del empresario⁴⁸: por un lado, que la parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, y por otro que la parte contratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor. En cuanto a la primera premisa, serán competentes los tribunales del Estado donde el empresario desarrolla su actividad comercial, es decir, el «mercado natural del empresario»; y en cuanto a la segunda condición, el empresario debe dirigir su actividad comercial al Estado miembro donde está domiciliado el consumidor o a varios Estados miembros, siempre que este último este comprendido entre todos ellos; es decir, es el empresario el que decide introducirse

⁴⁵ A pesar de los esfuerzos por alcanzar un mayor nivel de seguridad jurídica en la regulación de la contratación electrónica, aún queda mucho camino por recorrer para que este objetivo se pueda satisfacer. En el marco de la UE, las normas están fragmentadas y son sectoriales, lo que conlleva un alto grado de complejidad y parece que están concebidas para colmar lagunas más que para atender una política concreta de desarrollo del comercio electrónico; esta diversidad de normas con incidencia en la contratación electrónica es especialmente perceptible en los casos en que una de las partes contratantes es consumidor (*Vid. A. LARA AGUADO, “Formación del contrato electrónico”, en S.A. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Civitas Thomson Reuter, Navarra, 2013, pp. 542-543*). Las normas vigentes en España en materia de defensa de consumidores siguen siendo fragmentarias y dispersas. La Unión Europea, en el proceso de armonización normativa tendente a establecer una protección homogénea para los consumidores y usuarios en el mercado interior, se decanta por la utilización de las llamadas «directivas de mínimos», de tal forma que los diferentes Estados Miembros, una vez garantizado el «usuelo» que la norma establecía en el nivel de protección de los consumidores, podrían incrementar éste, estableciendo normas más estrictas que incrementasen los deberes de los operadores económicos (*Vid. J. ÁLVAREZ RUBIO, “Algunas consideraciones en torno al presente y futuro del Derecho de Consumo en España”, en J.L. TOMILLO URBINA (dir.), J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), *La protección jurídica de los consumidores en el Espacio Euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 293-298*).

⁴⁶ Nadie puede dudar que el comercio electrónico haya revolucionado la actividad económica al favorecer la prestación de servicios y la obtención de productos sin necesidad de desplazamiento por parte del consumidor al establecimiento comercial. El consumidor que actúa a través de la web ve su condición de debilidad reforzada por las características del medio virtual. Ante esta especial circunstancia, la temática de la tutela internacional del consumidor merece especial atención del legislador para así conferir seguridad jurídica a aquellos sujetos que comprar o adquieren servicios por medios electrónicos. Si bien, se debe tener en cuenta, que la mayoría de los productos que se ofertan a través de Internet únicamente precisan de la manifestación del consentimiento del consumidor a través de sencillas fórmulas –*clickwrap agreement*– (*Vid. S.L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, “La (des) protección del consumidor transfronterizo: tres hitos en el Derecho Latinoamericano contemporáneo”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 14-15, 2014-2015, pp. 781-782*).

⁴⁷ En los contratos internacionales de consumo no opera típicamente el lugar de ejecución del contrato como criterio atributivo de competencia. En cambio, en los contratos de prestación de servicios en línea, debe partirse de los términos del propio contrato para concretar el lugar de ejecución o prestación relevante al efecto (*Vid. P.A. DE MIGUEL ASENCIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en J.J. FORNER I DELAYGUA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS / R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 304-307*).

⁴⁸ Sólo hay contrato de consumo si una de las partes es un verdadero profesional y no opera en el tráfico jurídico a título meramente particular, es decir, al margen de cualquier actividad. Esta interpretación es muy próxima a lo contenido en el Reglamento (CE) 593/2008 «Roma I», pues exige de manera expresa en su art. 6, apartado 1, que el contratante se efectivamente un profesional. Por ello, y al hilo de la jurisprudencia comunitaria, las normas protectoras de los contratos concluidos por los consumidores, no serán aplicables a aquellos celebrados entre dos personas que realizan actividades comerciales o profesionales (*Vid. STJUE 5 diciembre 2013, as. C-508/12, Vapenik*; el Alto Tribunal europeo insiste en que las normas especiales de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores no se aplican a los contratos celebrados entre dos personas que realizan actividades comerciales o profesionales de manera que dichas normas tampoco pueden aplicarse a los contratos celebrados entre dos personas que no realizan dichas actividades puesto que no existe ningún desequilibrio entre ellas. Los consumidores solo merecen protección en la medida en que son la parte débil del contrato [Fundamento núm. 33]). Así, las normas de competencia judicial previstas por el Reglamento (UE) 1215/2012 en materia de contratos celebrados por los consumidores sólo se aplican cuando se trata de cierto tipo de contrato o cuando el consumidor se considera como pasivo, en cambio, el Reglamento 805/2004 no prevé dichas limitaciones, imponiendo únicamente como lo hace también el Reglamento (UE) 1215/2012 que el contrato se haya celebrado por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional (*Vid. M. LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, “El concepto de consumidor en el marco del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados: Comentario a la STJ de 5 de diciembre de 2013 (Vapenik)”, *La Ley Unión Europea*, mes 13, 2014, pp. 27-30*).

mediante actos comerciales concretos en la esfera comercial dónde está situado el consumidor; es el denominado «mercado de conquista»⁴⁹.

Ante este postulado, se puede afirmar que los consumidores que se desplazan a otro Estado miembro para adquirir bienes o servicios, si la publicidad no se les ha enviado al Estado miembro de su domicilio, no se les otorga protección y cobertura⁵⁰.

17. En definitiva, se protege al consumidor pasivo, que es el consumidor que ha sido asaltado en el país de su domicilio por un profesional domiciliado en otro Estado miembro⁵¹. Queda sin protección jurisdiccional el consumidor activo, consumidor que se desplaza a otro Estado comunitario para adquirir bienes o servicios⁵², a menos que se trate de una venta a plazos de mercaderías o préstamo a plazos,

⁴⁹ Cuando la parte contratante ejerza su actividad en el Estado miembro donde se encuentre domiciliado el consumidor es denominado en el Derecho internacional privado norteamericano «Doing Business»; ahora bien, si la parte contratante no ejerza sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor pero desea introducirse en el mismo, se considera entonces que tiene una vocación clara de penetrar en un mercado que no es su mercado natural, y subyace el fenómeno denominado «Internacional Stream-of-Commerce» (Cfr. A.L. CALVO CARAVACA, / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 85).

⁵⁰ Al menos que se trate de una venta a plazos de mercaderías o préstamo a plazos, caso en el que siempre están protegidos. Es necesario resaltar que los contratos de transporte (a excepción de los viajes combinados [Vid. STJCE 30 abril 2002, as. C-400/00, *Club-Tour*; STJUE 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, *Peter Pammer y Hotel Alpenhof*]), los contratos de seguro (disponen de reglas propias contenidas en la Sección 3^a del Capítulo II) y los contratos enmarcados bajo las competencias exclusivas (art. 24 Reglamento (UE) 1215/2012), no son considerados contratos de consumo y por lo tanto no están bajo la protección de la Sección 4^a del Capítulo II del Reglamento (UE) 1215/2012. Tampoco lo estarán aquellos supuestos en los que aun interviniendo un consumidor no ha llegado a celebrarse un contrato formalmente (Vid. STJUE 20 enero 2005, as. C-27/02, *Engler* [Vid. A. VAQUER ALOY, / M. RIVERA SALAZAR, “La promesa unilateral y la sentencia “Engler”. Algunas consideraciones en vistas al marco común de referencia (Sentencia TJCE de 20 de enero de 2005, Asunto C-27/02)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, pp. 455-468; K. FELKE / J. BERREBI / R. JORDANS, “ECJ judgment C-27/02, 20 January 2005, Engler v. Janus Versand GmbH - Entitlement of a consumer to who mmis leading advertising has been sent to seek payment, in judicial proceedings, of the prize which he has ostensibly won”, *European review of private law*, núm. 1, 2006, pp. 129-142; B. AÑOVEROS TERRADAS, “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el fórum actoris a favor del consumidor”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, pp. 1737-1744.]). En todo caso, para que resulten sin lugar a duda aplicables los foros de protección en materia de contratos celebrados por los consumidores, es preciso que el profesional muestre de manera clara y sin lugar a duda la voluntad de obligarse con el consumidor, y por supuesto, éste deberá aceptar la propuesta contractual ofrecida por el empresario; es decir, estaremos ante un contrato cuando la oferta en firme, suficientemente clara e inequívoca, de una parte es seguida de aceptación por la otra parte (Vid. STJCE 14 mayo 2009, as. C-180/06, *Ilsinger*; [Para un análisis exhaustivo del pronunciamiento, vid. M. REQUEJO ISIDRO, “La promesa de premio en la Jurisprudencia del TJCE (A propósito del asunto C-180/06, *Ilsinger*)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316, 2011, pp. 125-135]).

⁵¹ Existe problemática cuando se entrecruzan relaciones contractuales internacionales y domésticas; sería el caso en el que la adquisición de un producto por el consumidor pasivo a través de internet a un proveedor establecido en otro Estado miembro, habiendo acordado que el pago del precio se financie mediante un contrato crediticio celebrado con un prestamista establecido en el Estado donde tiene su domicilio el consumidor. La independencia de las relaciones de un contrato internacional de compraventa de consumo con el contrato doméstico de crédito que se procura por su cuenta el consumidor para financiar aquéllo evita cualquier posibilidad de que la internacionalidad del primero la traspase al segundo, que se ha de estimar como interno (Vid. J.I. PAREDES PÉREZ, “La internacionalidad del contrato de consumo en el Reglamento de Bruselas I: Comentario a la STJUE de 14 de noviembre de 2013, Asunto C-478/2012, Maletic lastminute.com GmbH”, *La Ley Unión Europea*, mes 17, 2014, pp. 33-34).

⁵² Por lo tanto, todo empresario que dispone de un *website* interactivo visible en un país y que incita a la contratación a distancia en ese determinado Estado, si recibe pedidos procedentes de ese país, pedidos que son aceptados por el empresario, está desplegando «actividades dirigidas» a ese Estado y en caso de conflicto el consumidor puede verse protegido por las normas especiales de competencia judicial, de los art. 17 a 19 del Reglamento (UE) 1215/2012. Sin embargo, si el *web site* tiene *disclaimers* o declaraciones limitando la oferta a un número determinado de Estados y excluyendo los otros, si un consumidor del Estado excluido contrata con este empresario o proveedor a través de esa página web, no estaría cubierto por la protección que confieren los artículos anteriores, ya que estaríamos ante un consumidor activo y le serían aplicables las normas generales del Reglamento en materia contractual (Vid. A. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “La protección del consumidor transfronterizo intra-comunitario: cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Estudios sobre consumo*, núm. 79, 2006, p. 26). La contratación a distancia se puede realizar utilizando alguno de los siguientes instrumentos: impresos, cartas normalizadas, publicidad en prensa, catálogos, radio, videotexto, correo electrónico, fax y televisión. Quedan excluidas, las ventas celebradas en subastas, los contratos sobre servicios financieros, los contratos celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos (Vid. M.^aJ. REYES LÓPEZ, *Manual de Derecho Privado de Consumo*, 2^a ed., La Ley, Madrid, 2012, pp. 292-293). La idea básica que subyace en la contratación a distancia es la distancia física que separa a las partes que celebran el contrato, empresario y consumidor. El dato importante relevante es la separación física de las partes; cuestión distinta es que a consecuencia de la técnica utilizada las emisiones de voluntad de las partes requieran un intervalo de tiempo o puedan

caso en el que siempre está protegido, como ya se ha señalado. En el supuesto de que el consumidor se considere activo, éste no puede demandar en el país de su domicilio, pues el empresario no penetró en su mercado, sino que es el consumidor el que acudió al mercado del empresario; por ello, el consumidor debe correr el riesgo de litigar en el país en cuyo mercado se sumerge voluntariamente⁵³.

4. Contratos *on line*

18. Ciertamente para valorar si un sitio de Internet va dirigido a un determinado país cabe entender que deben tomarse en consideración todos los elementos que permitan apreciar si, básicamente por su configuración, contenido y las actividades de sus responsables, el sitio web trata de captar clientes o influir en un determinado mercado⁵⁴.

En general, la comercialización de productos a través de la web⁵⁵, especialmente dirigida hacia el mercado donde el consumidor tiene su domicilio, es susceptible de quedar amparada bajo la forma de contrato de consumo⁵⁶.

Con ello, lo que se pretende es reforzar la protección al consumidor, ya que en caso de Internet se hace más difícil determinar el lugar en que se realizan los actos necesarios para la celebración del contrato. Cabe pensar en aquellos casos en los que el contrato ha sido celebrado directamente a través de

hacerse de forma simultánea. Una cuestión es determinar el régimen aplicable en cuanto a contrato a distancia, y otra distinta el régimen aplicable a la perfección de los contratos (*Vid. N. FERNÁNDEZ PÉREZ*, “La reforma del régimen legal de los contratos fuera de establecimiento mercantil y a distancia”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 295, 2015, versión *on line*). Uno de los principales inconvenientes que presenta la contratación a distancia, es la falta de asentamiento físico conocido por parte de los empresarios, de ahí la necesidad de implantar un registro público de este tipo de empresas (*Vid. M. RUIZ MUÑOZ*, “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 90, 2008, pp. 7-8).

⁵³ E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 14-15. Existe un sector de la doctrina que estima que se ha superado la tradicional distinción entre consumidores activos y pasivos, porque el legislador comunitario ha desviado su mirada de la conducta del consumidor para centrarse en la intención del prestador de servicios. En un entorno en el que la localización de las partes puede resultar incierta o incluso artificiosa, la actuación del empresario reflejada a través de la Red constituye un elemento más cierto y fiable para delimitar el ámbito de protección que debe concederse al consumidor (*Vid. A. BATALLA TRILLA*, “Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de “actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario””, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2004, pp. 1858-1874).

⁵⁴ Entre los elementos que pueden ser relevantes, cabe mencionar: el idioma en que esté redactado el sitio; la moneda en que estén expresados los precios; la presencia de direcciones locales de contacto; la existencia de avisos legales acerca de los mercados en los que se comercializan o están disponibles los productos o servicios; el volumen de transacciones con sitio web en medios locales de un país o dirigidos, entre otros, a ese país o la inclusión de enlaces a su sitio en directorios locales del domicilio del demandado (*Vid. 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*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 320-321). En el ámbito de la contratación electrónica el empleo de un determinado idioma también puede proporcionar un indicio de la voluntad del operador de dirigir sus actividades a un determinado mercado, lo cual resultará determinante para caracterizar el contrato celebrado por consumidor (*Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS*, “El idioma en el contrato en el derecho Internacional Privado”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 175-178; N. MARCHAL ESCALONA, *EL NUEVO RÉGIMEN DE LA NOTIFICACIÓN EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO*, Comares, Granada, 2002, p. 232).

⁵⁵ El comercio electrónico es una de las formas de intercambio comercial que conviven en la sociedad globalizada; su conocimiento y perfeccionamiento son factores fundamentales que deben ser implantados en el ámbito mercantil internacional. La descripción, identificación, precio y forma de pago del producto, son elementos fundamentales para crear confianza y credibilidad en los consumidores bajo esta forma comercial (*Vid. C. PARRA RODRÍGUEZ*, “La regulación jurídica internacional del comercio electrónico”, en J.L. COLLANTES GONZÁLEZ / B. DE LA VEGA JUSTIRIBÓ (coords.), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, Vol. 2, Palestra Editores, Pueblo Libre, Perú, 2009, pp. 36-37).

⁵⁶ Si acudimos a la STJUE 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, *Peter Pammer y Hotel Alpenhof*, el Alto Tribunal Europeo, establece los indicios que figuran en las expresiones derivadas de la voluntad del vendedor en su relación con los consumidores, por ejemplo, cuando ofrece sus servicios o sus bienes en varios Estados miembros designados específicamente o cuando incurre en gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso a su sitio a consumidores domiciliados en esos otros Estados miembros. En cambio no forman parte de esos indicios la mención en una página web de la dirección electrónica o postal del vendedor, ni la indicación de sus números de teléfono sin prefijo internacional, ya que estos tipos de información no ponen de manifiesto si el vendedor dirige su actividad a uno o varios Estados miembros (*Vid. in extenso* análisis de la citada sentencia, L. MANIGRASSI, “Justice, liberté, sécurité (arrêt “Pammer & Hotel Alpenhof”)", *Revue du droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2011, pp. 138-144; J. CLAUSNITZER, “EuGH, 7. 12. 2010 - C-585/08, C-144/09: Gerichtsstand bei Verbraucherverträgen via Internetangebot - Peter Pammer / Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH / Oliver Heller”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 22, núm. 3, 2011, pp. 98-105).

la página web del empresario que ha resultado accesible en el país del consumidor, se puede apreciar con mucha claridad la existencia de una vinculación entre el contrato celebrado y la actividad del empresario en el país del domicilio del consumidor. También parece razonable poder considerar que el mencionado vínculo existe cuando la consulta de la página web ha sido el motivo que ha determinado al consumidor realizar las gestiones necesarias para celebrar el contrato⁵⁷.

19. Si el consumidor no dispone en el momento de la conclusión del contrato de una conexión a Internet, ni conoce la página web del empresario cuya actividad se dirigía a su país, cabe ciertamente entender que esta situación no ha de traer por consecuencia la aplicación de los foros de protección, en cuanto el contrato queda claramente desvinculado de la actividad del empresario⁵⁸. Pero hay que tener en cuenta que una interpretación demasiada amplia perjudicaría a la empresa, pero una demasiada estricta tendría como consecuencia debilitar los derechos del consumidor⁵⁹.

Concretar si un sitio web va o no dirigido al país del domicilio del consumidor resulta una cuestión controvertida⁶⁰. La tradicional distinción entre sitios activos y pasivos⁶¹, tiene escasa importancia al

⁵⁷ En aquellos casos en los que la página web del profesional o su intermediario tenga una orientación global que a pesar de no estar específicamente dirigida a un Estado miembro puede concluir de manera más o menos continua contratos con consumidores residentes en la Unión, ello permitiría atendiendo a los indicios del TJUE determinar esa intencionalidad de manera análoga a aquellos casos en los que el profesional tiene su establecimiento dentro de la UE. La posibilidad de recurrir a herramientas de geolocalización para controlar la localización de los clientes que pueden acceder a la página web favorece la argumentación de que cuando el profesional tienen una página web internacionalmente orientada, puede concluirse que dichas actividades profesionales están dirigidas a la UE (*Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO*, “Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet”, *Diario La Ley*, núm. 7787, 2012).

⁵⁸ El elemento temporal también puede de interés para verificar la existencia de la vinculación necesaria entre la actividad del empresario en el país del consumidor y el contrato celebrado. En efecto, el cumplimiento del requisito implica que la actividad del empresario no se ha dirigido, ni se ha realizado, en el país del consumidor como consecuencia de un contrato previo entre el empresario y el consumidor, pues en este caso no cabe apreciar la vinculación necesaria entre la actividad previa del empresario y el contrato celebrado. En este sentido, no se puede tener en cuenta la actividad dirigida al país del consumidor a través de páginas web cuando éstas han comenzado a aparecer con posterioridad a la celebración del contrato con el consumidor, ni tampoco la existencia de esas páginas con anterioridad, cuando el contrato se ha celebrado tras la cancelación de dichas páginas (*Vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA*, “El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?”, *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014, versión *on line*).

⁵⁹ Las nuevas tecnologías y en concreto Internet ha supuesto que esta cuestión sea muy controvertida y las normas aplicables no contienen ninguna definición al respecto. La publicidad en Internet tienen un alcance global y es en principio accesible desde todos los Estados. De acuerdo con este dato, habrá que analizar en cada caso concreto si concurren indicios suficientes para entender que el vendedor dirige su actividad a otro Estado al Estado donde tiene domicilio el consumidor. Tarea más difícil es encontrar el punto de equilibrio entre los intereses en conflicto (*Vid. A. PANIZA FULLANA*, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Española (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010: algunos aspectos relativos a la protección del consumidor en la contratación de servicios turísticos en Internet”, *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 11, 2011, pp. 58-60).

⁶⁰ Hay autores que consideran que cobra relevancia la distinción entre páginas activas y páginas pasivas, es decir, entre aquellas que permiten al consumidor la adquisición directa del producto o servicio por medios electrónicos, interactuando a través de la web; y aquellas otras en las que el consumidor no puede adquirir directamente en Internet, utilizándose la página como mero escaparate de negocio. En el primer supuesto, nos encontramos ante un criterio casi determinante de la voluntad del prestador de dirigir su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, que se fundamenta en la celebración del contrato y en la falta de empleo de medios técnicos que impidan la adquisición a consumidores domiciliados en dicho territorio. En cuanto a las páginas pasivas operaría la presunción contraria, es decir, no se podría interpretar que el prestador dirige su actividad al Estado del domicilio del consumidor, por el mero hecho de que la página sea accesible desde dicho Estado (*Cfr. P. MÁRQUEZ LOBILLO*, “Aplicación de las normas comunitarias sobre competencia judicial a los contratos de consumo electrónicos: interpretación del art. 15.1. c del Reglamento 44/2001”, en G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ / A. DÍAZ MORENO, (dirs.), J. BRENES CORTÉS / I. LÓPEZ DE LA TORRE / M. PACHECO CAÑETE (coords.), *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 675). Valorar la voluntad del profesional para precisar el concepto de «actividad dirigida» no contenida ni en el Reglamento (UE) 1215/2012 ni en el Reglamento (CE) 593/2008, hace necesario acudir a la jurisprudencia y así entrelazar la relación entre ambos instrumentos comunitarios (*Vid. E. LEIN*, “The New Rome I / Rome II / Brussels I Synergy”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, pp. 177-198; F. POCAR, “Some Remarks on the Relationship between the Rome I and Brussels I Regulations”, en F. FERRARI / S. LEIBLE, (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 343-348).

⁶¹ Cuando ni del contenido de la página ni del comportamiento del empresario pudiera deducirse ningún tipo de intención de traficar en el mercado del consumidor, la página web debería ser considerada pasiva y, por tanto, los consumidores que realizaran algún tipo de operación con el empresario serían consumidores activos y no gozarían de la regulación tutiva contenida en nuestro sistema de Derecho internacional privado. Es decir, serían tratados exactamente igual que un profesional. El carácter activo de la página no se debería a su configuración sino a otros factores externos, como por ejemplo la publicidad de la página

concretar si una web se dirige a un país⁶²; lo determinante es que el sitio esté configurado de tal manera que quepa entender que trata de captar clientes en el mercado del domicilio del consumidor y no que esos clientes hayan contratado a través del propio sitio web, pues pueden haber utilizado un medio diferente para contratar⁶³.

Mediante el uso de esas tecnologías puede llegar a ser posible con un alto grado de fiabilidad para el titular de un sitio web conocer el país en el que se encuentra ubicado el ordenador desde el que un usuario trata de acceder a sus contenidos o contratar sus servicios o productos.

III. Foros protectores hacia el consumidor: ¿Interpretación estricta?

20. El Reglamento (UE) 1215/2012, establece en su art. 17⁶⁴, los foros que otorgan un régimen particular más beneficioso para el consumidor, debido a que es la parte dentro de la relación contractual, considerada más débil y jurídicamente menos experimentada⁶⁵.

Pues bien, cuando el consumidor y el empresario, están domiciliados en algunos de los Estados que forman parte del ámbito espacial del Reglamento (UE) 1215/2012, el consumidor puede ejercitar su derecho a demandar a su cocontrante, a su elección, ante los tribunales siguientes: o bien, puede interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario, o bien, ante los tribunales del Estado miembro, donde está su propio domicilio⁶⁶. Estos foros son *intuitu personae*: el consumidor es el único con legitimidad procesal activa para invocarlos. Es una regla de protección estrictamente procesal y por ello inalienable: el consumidor no puede ceder los derechos procesales que le otorga la Sección 4^a a un tercero. Si el consumidor cediese su derecho material a un tercero (no consumidor), se aplicaría el régimen general⁶⁷.

fuerza de la Red en el país del consumidor (en prensa, televisión, etc.) o la inclusión de hipervínculos en páginas locales que redirigirán al consumidor al sitio en el que se ubicara la página del profesional extranjero (*Vid. I. HEREDIA CERVANTES, “Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas Web”, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 86-87).

⁶² No es de suma importancia que el sitio web sea interactivo o pasivo, pues según las circunstancias del caso un sitio web pasivo puede ser equivalente a dirigir actividades comerciales o profesionales a otros Estados miembros. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que si el sitio web es pasivo, no existiría *Stream-of-Commerce*, es decir, no se entendería que el empresario dirige su actividad mediante Internet al país del domicilio del consumidor. Aunque la publicidad comercial sea visible en un país, la imposibilidad de actuar de modo interactivo online para adquirir productos o servicios revelaría la voluntad del vendedor de no entrar en el mercado nacional de que se trate (*Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “Contrato internacional de consumo: voluntad de dirigir la actividad profesional al estado miembro del consumidor”, Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 34, 2014, pp. 166-167).

⁶³ Una de las vías a través de las cuales las empresas de comercio electrónico que pretenden operar en varios mercados organizan su estructura es mediante la creación de sitios diferentes para los diversos países, no sólo como mecanismo que ayuda al control de los riesgos legales sino también como respuesta necesaria ante las diferentes preferencias lingüísticas, sociales y culturales existentes según los países, también en el seno de la UE (*Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Mercado global y protección de los consumidores”, en L. COTINO HUESO (coord.), Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163-167*).

⁶⁴ Dicho precepto emplea el término “persona” sin delimitar si el concepto de consumidor se refiere solo a personas físicas o incluye también los supuestos en los que la contraparte es una persona jurídica (*Vid. V. ANDREEVA ANDREEVA, “Licencias de derechos de propiedad y protección de los consumidores en el Reglamento Bruselas I y su articulación con el Reglamento Roma I”, Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 9, 2009, p. 377).

⁶⁵ En los contratos con condiciones generales celebrados vía web, pueden ser valorados en base a que la parte compradora pudiera llegar a ser considerada parte débil en la relación contractual al poseer menos capacidad de negociación en el momento de la aceptación del clausulado con condiciones generales (*Vid. D. CARRIZO AGUADO / A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la competencia judicial internacional en aquellos contratos con condiciones generales celebrados vía on line: Análisis de la validez formal del pacto de sumisión expresa materializado con un “clic” en página web”, Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2015, p. 83).

⁶⁶ En cuanto al primer foro de competencia, si el empresario profesional demandado se identifica en su página web con su domicilio aparente diferente de su domicilio real, habrá que estimar que el consumidor demandante debe poder demandar tanto en el país del domicilio ficticio, como en el país del domicilio real del empresario profesional. En ambos foros, es indiferente la situación física de los ordenadores desde los que se contrata y es indiferente también la situación física del servidor en la que se aloja la *web page* que permite la contratación electrónica (*Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional Privado, Vol. II, 15^a ed., Comares, Granada, 2014, pp. 956-957*).

⁶⁷ *Cfr. M. VIRGOS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 173.

En cambio, cuando la acción es interpuesta por el empresario contra el consumidor, sólo podrán ser competentes para conocer de la misma los tribunales del Estado miembro en el que estuviera domiciliado el consumidor⁶⁸.

21. En todo caso, si en el *iter* procedimental, no se conociere el domicilio del consumidor ni se disponen de indicios probatorios que permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera o dentro del territorio comunitario⁶⁹, se debe acudir al criterio del último domicilio conocido del consumidor, para así garantizar un justo equilibrio entre los derechos del demandante y del demandado⁷⁰. El consumidor demandado que no dispone de un domicilio conocido frente a terceros (demandado invisible) crea, con esa actitud un riesgo cuyas consecuencias debe asumir; y la consecuencia más relevante de dicho comportamiento consiste en que puede ser demandado ante los tribunales del país de su último domicilio conocido⁷¹. No obstante, el órgano jurisdiccional que está resolviendo el litigio debe haberse cerciorado de que se han llevado a cabo todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado⁷².

IV. Epílogo

22. El principal postulado y razonamiento ofrecido por el TJUE consiste en reiterar la interpretación estricta que debe hacerse de las reglas de competencia judicial internacional recogidas en los foros de protección para los consumidores.

El Alto Tribunal europeo considera que, ante la existencia de una relación contractual anterior en la cual no existía duda de justificar la «actividad dirigida» necesaria para la inclusión y calificación como contrato de consumo, en virtud de lo establecido en el 17.1. c) Reglamento (UE) 1215/2012, el consumidor no debe quedar sujeto a las normas generales de contratación en lo que respecta al segundo contrato, dada la estrecha relación causal existente entre ambos.

23. La gran novedad que presenta el juzgador europeo estriba en aceptar que ciertos contratos, por el hecho de presentar una estrecha vinculación con una relación contractual anterior entre las mismas partes, bajo una relación de causalidad, pueden verse beneficiados del foro protector específico previsto para la figura del consumidor.

24. Por ende, debe activarse el foro del domicilio del consumidor bajo un planteamiento de vinculación que posibilita interrelacionar el primer contrato con el segundo, para así quedar comprendido este último, al igual que el primero, en el marco de las actividades que el profesional dirige al Estado del domicilio del consumidor. Dada la relación económica nuclear que presentan ambos, ello permite dar cabida a una interpretación más beneficiosa e integrar en el concepto de consumidor a personas que inicialmente no gozaban de tal estatus.

⁶⁸ Se garantiza así la protección del consumidor *on line* que sólo puede verse demandado en el país de su domicilio, sin que tenga que desplazarse para defenderse ante los tribunales del domicilio del profesional (*Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 18-19).

⁶⁹ El derecho del consumidor a reclamar en su propio domicilio frente a profesionales de terceros Estados, no impide aplicar las legislaciones nacionales que articulen otros foros de competencia a favor del consumidor. Sería contradictorio, que un consumidor, parte débil, no pudiera invocar los foros exorbitantes de las legislaciones nacionales respecto de un demandado domiciliado en un tercer Estado, al tiempo que lo puede hacer cualquier otro demandante que no tienen esa posición desigual (*Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, "Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-Terceros Estados", Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 14-15, 2014-2015, pp. 291-293).

⁷⁰ *Vid. STJUE 17 noviembre 2011, as. C-327/10, Hypoteční banka* (fundamento núm. 42).

⁷¹ El consumidor demandado que esconde su domicilio actual puede prever, que puede ser demandado ante los tribunales del Estado en cuyo territorio tuvo su último domicilio conocido (*Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J.M. ALMUDÍ CID, "Contratos internacionales de consumo"*, en M. YZQUIERDO TOLSADA / J.M. ALMUDÍ CID / M.A. MARTÍNEZ LAGO, (coords.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Vol. 17, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 788-791).

⁷² *Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho Internacional Privado*, 7^a ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 591.

LOS WILL SUBSTITUTES Y EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO*

WILL SUBSTITUTES AND THE EUROPEAN REGULATION IN MATTERS OF SUCCESSION

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Investigadora doctoral
Universidad de Murcia*

Recibido: 05.11.2015 / Aceptado: 24.11.2015

Resumen: Este trabajo analiza el ámbito de aplicación material del nuevo Reglamento Sucesorio Europeo para llegar a la conclusión de que el mismo no es aplicable a las instituciones propias de *common law* conocidas como *will substitutes*, y por lo tanto que la competencia judicial internacional, la ley aplicable, y la validez extraterritorial de decisiones relativas a estos sustitutos del testamento se han de determinar en base a otras normas.

Palabras clave: sustitutos del testamento, promesa de testamento, negocios post mortem, pactos sucesorios, competencia judicial internacional, ley aplicable, validez extraterritorial de decisiones.

Abstract: This paper analyses the material scope of application of the new European Successions Regulation, to conclude that this legal instrument is not applicable to *will substitutes*, and that, therefore, international jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of decisions related to these instruments shall be determined in accordance to other legislative acts.

Keywords: will substitutes, contract to make a will, agreements as to succession, international jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement.

Sumario: I. Introducción: los diferentes sistemas de Derecho sucesorio en Europa. II. Los *will substitutes* como figuras propias del *common law*. III. Los *will substitutes* y el Reglamento sucesorio europeo. 1. Exclusión del ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo. 2. Excepción a la exclusión: la obligación de computar las donaciones a fin de determinar las cuotas sucesorias de los beneficiarios. 3. Normas de Derecho internacional privado aplicables a los *will substitutes*. A. Competencia judicial internacional. B. Ley aplicable. C. Validez extraterritorial de decisiones. IV. Conclusiones.

I. Introducción: los diferentes sistemas de derecho sucesorio en Europa

1. Equilibrar autonomía de la voluntad y la protección de los miembros de la familia ha sido siempre uno de los problemas cruciales del Derecho de sucesiones de los Estados europeos. Así, las soluciones adoptadas por los sistemas nacionales han variado enormemente, existiendo una gran línea divisoria en el corazón de Europa entre los sistemas de tradición civilista y los de tradición anglosajona.

* El trabajo es uno de los resultados del contrato FPU de la autora, financiado por la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia (Consejería de Industria, Empresa e Innovación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

na¹. De este modo, en los sistemas de *civil law* los herederos forzosos tienen un papel muy importante mientras que en las jurisdicciones de *common law* el énfasis se encuentra en mayor medida en la libertad testamentaria, asegurándose la protección de algunos miembros familiares a través de mecanismos menos rígidos (*family provisions*).

2. En consecuencia de lo anterior, las disposiciones por causa de muerte también tienen forma distinta de un Estado Miembro a otro. Los testamentos se encuentran generalmente reconocidos, pero los sistemas de *common law* ofrecen un rango más amplio de herramientas para la disposición *mortis causa* de los bienes, incluyendo los pactos sucesorios, testamentos mutuos, *trusts mortis causa*... Todas estas instituciones tienen carácter sucesorio en sus sistemas de origen². Pero además de poder prever el destino de su patrimonio mediante instituciones sucesorias, en los países de *common law* se permite al causante utilizar toda una variedad de instituciones legales que no tienen carácter sucesorio con la misma finalidad de determinar en vida el destino que se desea dar al patrimonio para el momento del fallecimiento. Estas instituciones se conocen como “*will substitutes*” o “sustitutos del testamento”³.

3. Los *will substitutes* no se diferencian en su función jurídica de los testamentos propios de la tradición civilista, ya que los mismos pretenden que el beneficiario reciba los bienes tras el fallecimiento del causante y no percibe ganancia alguna ni dispone de derecho alguno durante la vida de éste. No obstante, están muy extendidos en los países de *common law* porque presentan dos diferencias principales con los testamentos:

4. En primer lugar, a través de los *will substitutes* el título de la propiedad de los bienes se transfiere al beneficiario durante la vida del causante, mientras que en el testamento no hay ninguna transmisión de título hasta el fallecimiento del causante.

5. En segundo lugar, existe una importante diferencia desde el punto de vista práctico, consecuencia de la anterior, puesto que estas instituciones permiten excluir ciertos bienes del caudal de la sucesión. Crean una especie de “patrimonio separado” transmisible con independencia del patrimonio sucesorio del causante⁴. En efecto, dado que el título de propiedad se transmitió antes del fallecimiento del causante, no es preciso obtener del tribunal anglosajón el tradicional documento denominado “*probate*”, necesario para toda sucesión testamentaria en los países de *common law* en que se utilizan estos instrumentos⁵.

6. Estos instrumentos alternativos al testamento se ha expandido por numerosas razones: en ocasiones el objetivo es anticipar la transmisión en vida del patrimonio del causante independientemente de las formalidades y límites de la herencia (sobre todo para eludir las cuotas a los herederos forzosos), en otras ocasiones, el objetivo es asegurar la transmisión de la propiedad durante la vida del causante pero posponer los efectos de esa transmisión al momento de la muerte de la persona, y en otras son usados simplemente para obtener un tratamiento fiscal más ventajoso⁶.

¹ A. BONOMI, “Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members” en M. ANDERSON / E. ARROYO, *The Law of Succession: Testamentary Freedom: European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 27.

² G. SOUDNEY, *L'estate planning: optimization civile et fiscal d'une succession internationale*, LexisNexis, Paris, 2011; E. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du «règlement successions» », *JDI*, n. 141, vol. 2, 2014, pp. 477-540, p. 843.

³ A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 296, J.H. LANGBEIN, “The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard Law Rev.*, n. 97, 1984, pp. 1108-1141; G.M.P. MCCOUCH, “Will Substitutes under the Revised Uniform Probate Code”, *Brooklin Law Rev.*, n. 58, 1992, p. 1123 y ss; J. TALPIS, *Succession Substitutes*, *RCADI*, vol. 356, 2001, pp. 21 y ss., A. BONOMI, « *Successions internationales* », *RCADI*, vol. 350, 2010, p. 262 y ss.; A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*, Bruylants Larcier, Bruxelles, 2013, p. 90 y ss.

⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 julio 2012*, Comares, Granada, 2014, p. 38.

⁵ E. CALÒ, “La successione *mortis causa* in diritto comparato”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (dirs.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato, Guiffrè, Milano, 2013, pp. 209-242.

⁶ S. CÁMARA LAPUENTE, “New Developments in Spanish Succession Law”, *EJCL*, vol. 14, n.2, octubre 2010, pp 1-51.

II. Los will substitutes como figuras propias del *common law*

7. Entre estos “sustitutos del testamento” pueden encontrarse multitud de figuras jurídicas propias del Derecho anglosajón, como las *payable-on-death accounts* (POD) (cuentas bancarias pagaderas a la muerte del causante), *transfer-on-death accounts* (TOD) (cuentas de inversión a transferir a la muerte del causante), *transfer-on-death deeds of title* (transmisión de la propiedad a través de escritura con efectos desde la muerte del causante), *contract provisions effective at death* (provisiones contractuales efectivas con la muerte), *living trusts* (*trusts “inter vivos”*, por oposición a *trust under a will* o *trusts under statute in connection with succession*)⁷... Otros *will substitutes* son formas de organizar el patrimonio, como la “propiedad conjunta” (“*joint tenancy*”), una forma especial de copropiedad propia del Derecho anglosajón en que al fallecer uno de los copropietarios la propiedad pasa directamente, *ex lege*, al resto.

8. Se han de citar también por su especial relevancia los contratos para otorgar testamento (“*contracts to make a will*”) y las promesas de testamento, prohibidos en algunos sistemas de tradición civilista pero permitidos también en algunos ordenamientos jurídicos de tradición *common law* como una forma de negocio jurídico⁸. La diferencia entre ambos reside en que los contratos para otorgar testamento existe la aceptación por parte del futuro beneficiario, mientras que las promesas consisten en una declaración unilateral de voluntad⁹. Las promesas de testamento son además muy comunes hoy día por la prolongación de la vida de las personas mayores, pues la mayoría de estas promesas son otorgadas por ancianos a cambio de ciertos cuidados o prestaciones asistenciales. Llegado el momento de la muerte, el testamento no se ha otorgado y entonces surge la cuestión de la validez de la promesa y de sus efectos. Estas promesas no son sólo admitidas en Reino Unido sino también en Alemania, donde la ley las prohíbe pero la jurisprudencia las valida, con frecuencia, bajo la forma de un contrato sucesorio (*Erbvertrag*)¹⁰.

9. Muchas de estas figuras son desconocidas para la tradición civilista, pero otras le son familiares como los *contract with provisions effective at death*, que son contratos *standard* que se firman bajo la condición de su exigibilidad una vez haya fallecido el causante, o las donaciones “*mortis causa*”, es decir, aquellas donaciones condicionadas al hecho de la supervivencia del donatario o con la reserva del poder de disposición del donante hasta su muerte. Otros *will substitutes* que también se utilizan en el sistema anglosajón y que son instituciones conocidas en la tradición de *civil law* son los contratos societarios en que la sociedad se compromete a pagar ciertas cantidades del contenido del patrimonio que se les ha asociado a los beneficiarios contractualmente establecidos, o las estipulaciones en favor de terceras partes, los mandatos *post mortem*, los contratos fiduciarios¹¹...

III. Los will substitutes y el reglamento sucesorio europeo

10. Con las sucesiones internacionales, las posibilidades de aplicación de estos instrumentos se multiplican. Son muchos los ciudadanos residentes en la Unión Europea que planifican por adelantado el destino de su patrimonio para después de su fallecimiento, y cuando estos ciudadanos tengan vínculos con otros Estados de la Unión podrán plantearse la posibilidad de utilizar alguna de las figuras mencionadas.

⁷ FindLaw.com, “*Avoiding the probate process*”, available at: <http://estate.findlaw.com/probate/avoiding-the-probate-process.html>

⁸ I.e. California Probate Code section 21700.

⁹ J.H. LANGBEIN, “*The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*”, *Harvard Law Rev.*, n. 97, 1984, pp. 1108-1141; G.M.P. McCOUCH, “*Will Substitutes under the Revised Uniform Probate Code*”, *Brooklin Law Rev.*, n. 58, 1992, pp. 1123 y ss.

¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÀLEZ, *op. cit.*, p. 38.

¹¹ Sobre estos negocios ver K.J. ALBIEZ DOHRMANN, *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs, Barcelona, 1998; *Id.*, “*Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte*”, y A. SERRANO DE NICOLÁS, “*Estate planning: la planificación de la herencia al margen del testamento (will substitutes)*” en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005; R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, Comares, Granada, 2003.

11. Ello dependerá de la Ley que se aplique a las mismas, y dado que la Unión Europea cuenta con una normativa armonizada de Derecho internacional privado en materia sucesoria, el Reglamento Sucesorio Europeo¹², de si dicha Ley ha de determinarse o no conforme a este Reglamento.

12. Dicho Reglamento contiene en su art. 1, como ya es costumbre en los instrumentos legales de Derecho internacional privado europeo, la delimitación de su ámbito de aplicación material, positivo y negativo¹³. El Reglamento se aplicará a la “sucesión por causa de muerte” (art. 1.1 RES), es decir, “cualquier forma de transmisión mortis causa de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición mortis causa o de una sucesión abintestato” (art. 3.1.a RES).

13. Siendo los *will substitutes* disposiciones previstas para que desplieguen sus efectos a la muerte del causante, *a priori* parecen ser llamados a regirse por el Reglamento Sucesorio Europeo. Sin embargo, antes de afirmar tal cosa, es necesario prestar atención a la lista de exclusiones del propio art. 1 RES.

1. Exclusión del ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo

14. El Reglamento en su art. 1 excluye expresamente (i) aquellas cuestiones que tengan naturaleza sucesoria pero no sean “civiles”, es decir, las cuestiones de Derecho Público relacionadas con las sucesiones mortis causa”, por ejemplo, las relativas al impuesto sobre sucesiones, o al derecho administrativo o urbanístico (art. 1.1 RES) y (ii) aquellas cuestiones que tengan naturaleza civil pero no sean propiamente “sucesorias”, que sean “*catégories juridiques étrangères au droit des successions*”, como pueden ser el *trust* y las cuestiones societarias (art. 1.2 RES)¹⁴.

15. Respecto a estas últimas, P. LAGARDE indica que son cuestiones que podrían haberse calificado como sucesorias, puesto que están relacionadas con bienes y derechos que se transfieren con ocasión de la muerte del titular, pero cuyos vínculos con otras categorías jurídicas han justificado su exclusión¹⁵. De esta forma, tal y como indica el considerando 11, se refuerza la “claridad” del Reglamento¹⁶.

16. Dentro de estas exclusiones se recoge la de los “bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga (...)” (cdo. 14 y art. 1.2.g RES). Esta exclusión, formada por una lista no exhaustiva, parece incluir todas las formas de anticipación sucesoria que supongan la separación de patrimonio del caudal hereditario¹⁷.

17. En consecuencia de lo anterior, los *will substitutes*, que son todos ellos formas de anticipación sucesoria, quedan excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo:

¹² Reglamento 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.

¹³ G. BIAGIONI, “L’Ambito di Applicazione del Regolamento sulle Successioni”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (dirs.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato, Guiffrè, Milano, 2013, pp. 25-58, p. 26.

¹⁴ P. LAGARDE, « Présentation du règlement sur les successions » en G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD (dirs.), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Défrenois, Paris, 2013, pp. 5-16 ; C. NOURISSAT, « Le champ d’application du règlement » en G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD (dirs.), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Défrenois, Paris, 2013, pp. 17-36.

¹⁵ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, n. 4-2012, pp. 691-732, esp. p. 695.

¹⁶ Cdo. 11 RES: “El presente Reglamento no debe aplicarse a ámbitos del Derecho civil distintos de la sucesión. Por motivos de claridad, algunas cuestiones que podría considerarse que tienen un vínculo con la materia sucesoria deben excluirse expresamente del ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

¹⁷ E. FONGARO, *op. cit.*; A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.5, vol. II, 2013, pp. 5-139, esp. p. 67-68.

los POD, TOD, las *contracts provisions effective at death, title deeds, joint tenancy...* (“propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite”), *trusts inter vivos*, así como todos los demás negocios mencionados, donaciones u otras liberalidades, fiducias, estipulaciones a favor de tercero, mandatos, negocios societarios, contratos para otorgar testamento, promesas de testamento...¹⁸.

18. Algunas de estas figuras requieren una aclaración especial. En cuanto a los *trust intervivos*, su exclusión se ve corroborada por el juego del art. 1.2.j y el considerando 13 RES. El primero excluye las cuestiones relativas a la creación, administración y disolución de *trusts*, y el segundo establece que el Reglamento ha de regir los aspectos relacionados con la cesión de los bienes y determinación de los beneficiarios de los *trusts* creados “en virtud de un testamento o por ley en relación con una sucesión intestada”. *A sensu contrario*, el Reglamento Sucesorio Europeo no regula los aspectos relacionados con la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios de los *trusts* creados en vida del causante.

19. En relación a la exclusión de la utilización de figuras societarias, esta se ve también confirmada de manera expresa por el art. 1.2.h, que excluye las cuestiones de Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas. El Reglamento incluye como ejemplo las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros, pero también entrarían dentro de esta exclusión los negocios jurídicos mencionados anteriormente en que la sociedad se compromete a repartir parte de sus beneficios a determinados individuos cuando se cumpla la condición de la muerte del disponente¹⁹. De nuevo, la razón de la exclusión es que se trata de disposiciones cuya finalidad es la de regular de forma separada a la sucesión el destino de parte del patrimonio de una persona una vez que la misma fallezca.

20. Las promesas de testamento, los *contracts to make a will* y los contratos que contengan provisiones de disposiciones de transmisión de bienes o derechos con efectos a partir de la muerte del causante (*contract provisions effective at death*) también han de considerarse como excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, si bien su calificación presenta mayores problemas por su proximidad a los “pactos sucesorios”²⁰. Los pactos sucesorios están sujetos al Reglamento y son definidos en el mismo como todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo; (art. 3.1.b RES)²¹.

21. En cuanto a las *contract provisions effective at death* y las donaciones *mortis causa*, no tendrían por qué ser considerados como contratos sucesorios pues los mismos no conceden derecho alguno sobre la masa sucesoria, no se instituyen en éstos herederos o se legan bienes, sino que establece disposiciones patrimoniales *inter vivos*, onerosas o gratuitas, con efectos sujetos al momento de la muerte del

¹⁸ A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 296; A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.5, vol. II, 2013, pp. 5-139, esp. p. 67-68; *ibid.*, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 25. En contra parece posicionarse G. BIAGIONI, “L’Ambito di Applicazione del Regolamento sulle Successioni”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (dirs.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale dei notariato, Guiffrrè, Milano, 2013, pp. 25-58, p. 37: “l’ampia nozione di “patti successori”, contemplata nell’art. 3, lett.b), del regolamento, sembra relegare ad un roulo marginale accordi di questo genere”.

¹⁹ Sobre los problemas relacionados con las acciones y cuotas societarias y las sucesiones véase MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Comments on the European Commission’s proposal for a Succession Regulation*, disponible en <http://www.mpipriv.de>, p. 25.

²⁰ A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.5, vol. II, 2013, pp. 5-139, esp. p. 67: “Meno facile è stabilire se siano qualificabili come patti successori i contracts to make (o not to make) a will propri del diritto inglese e degli altri paesi di common law”.

²¹ Sobre los pactos sucesorios, F. VISMARA, « Patti successori nel regolamento (UE) N. 650/2012 e patti di famiglia: un’interferenza possibile? », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 50, vol. 4, 2014, pp. 803-818; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones” en VV.AA., *Estudios sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa*, Universidade Santiago de Compostela, 2013; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Cedam, Padova, 2001, p. 99.

causante²². En cualquier caso, la frontera entre ambas figuras es muy delgada y fácil de traspasar por las partes, de forma que les puede resultar muy fácil “escapar” de la aplicación del Reglamento. La calificación de estos acuerdos como “contratos” sujetos al Reglamento Roma I y no como “pactos sucesorios” sujetos al Reglamento Sucesorio interesaría a las partes pues dispondrán de una total libertad de elección de Ley aplicable. Sin embargo, como indica A. BONOMI, esta libertad de elección puede traer inconvenientes *a posteriori*, puesto que numerosos ordenamientos, incluso los que permiten los pactos sucesorios como el alemán y el suizo, no permiten este tipo de contratos que podrían considerarse un fraude a las leyes sucesorias²³.

22. Las mismas dudas se suscitan en relación a la promesa de testamento y el *contract to make a will*, puesto que el objeto de estos negocios sí que son derechos puramente sucesorios (nombrar heredero, legatario o beneficiario en cualquier otra forma legalmente prevista a determinada persona). Además, tanto uno como otro podría ser considerados como “pacto” si se aplica analógicamente la definición de “contrato” que el TJUE ha interpretado en relación al Reglamento Bruselas I bis²⁴. Según ésta, existe “contrato” cuando hay una obligación jurídica libremente consentida por una parte frente a otra, aunque no medie aceptación por la otra parte (STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna*, FJ 47²⁵).

23. Sin embargo, a través de estas instituciones no se “dispone” sobre los mencionados derechos sucesorios, sino que se “promete” que se dispondrá sobre los mismos. Esta diferencia es tan importante que cambia la causa del contrato y hace que ambas figuras queden excluidas del Reglamento: no se dispone de los bienes por título sucesorio, sino que se está concediendo un derecho a una persona (el derecho de otorgar testamento a su favor) a cambio o no de determinadas prestaciones. No obstante, como indican A. DAVÍ y A. ZANOBETTI, quizá haya que esperar a un pronunciamiento en concreto del TJUE sobre esta cuestión para darle una solución definitiva²⁶.

24. En resumen de lo expuesto podría decirse que a través de estas instituciones conocidas como *will substitutes* los bienes y derechos del causante (incluido el derecho a que se otorgue testamento a favor de una persona) se transmiten por un “título”, por un cauce, distinto a la sucesión, y por ello han de quedar excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento. Son instituciones que generan un cauce paralelo y diferente a la sucesión *mortis causa* para la transmisión de los activos del causante, una vía válida y aceptada en los países de *common law* como alternativa a la sucesión *mortis causa*.

2. Excepción a la exclusión: la obligación de computar las donaciones a fin de determinar las cuotas sucesorias de los beneficiarios

25. La exclusión de los *will substitutes* del ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo ha de entenderse, tal y como expresamente el propio art. 1.2.g, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 23.2.i RES. Dicho artículo indica que la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, ha de ser determinada conforme a la Ley aplicable a la sucesión.

26. En relación a esta disposición se han de realizar las precisiones siguientes:

²² En contra, G. BIAGIONI, *op. cit.* p. 39, que indica que parece lógico que estas instituciones se regulen por el Reglamento Sucesorio, y en concreto como pactos sucesorios si son bilaterales.

²³ A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *RCADI*, vol. 350, 2010, p. 269.

²⁴ Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DOUE L* 351, 20.12.2012, pp. 1-32.

²⁵ STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*, EU:C:2013:165.

²⁶ A. DAVÍ / A. ZANOBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.5, vol. II, 2013, pp. 5-139, esp. p. 67.

27. (i) La Ley aplicable a la sucesión la que rige la obligación de reducción en su caso de las donaciones o liberalidades, adelantos o legados, es decir, de todos los “actos de disposición” gratuitos que se realicen en vida del causante o través de la figura del legado. Esta disposición no incluye por lo tanto los actos onerosos (por ejemplo, los *contracts with provisions effective at death*). Esto puede obedecer a que estos contratos tienen una contraprestación, por lo que se entiende que al patrimonio del causante se incorpora un bien o activo con el mismo valor de aquél que salió. Otra cuestión serán los casos en que el negocio oneroso sea simulado, en que la parte de patrimonio que se entregó sin contraprestación sí podría ser considerada como “acto de disposición” y cuya reducción, o colación en su caso, sí se regirá por la Ley aplicable a la sucesión.

28. (ii) La Ley aplicable a la sucesión regirá, en el caso en que dicha Ley así lo permita (a) la impugnación y la posterior reducción de las donaciones inoficiosas realizadas a cualquier persona física o jurídica y (b) la colación de las donaciones realizadas a los legitimarios a la hora del reparto del caudal hereditario entre los herederos. Lo anterior se deduce de que el artículo 23 hace referencia tanto al “reintegro” como al “cómputo”. Además, ambas operaciones son necesarias para determinar las “cuotas sucesorias”. Así, será la Ley de la sucesión la que rija, por ejemplo, si existe algún plazo de prescripción para impugnar las donaciones inoficiosas, o si solamente pueden colacionarse los bienes donados desde un determinado número de años antes de la muerte del causante.

29. (iii) Se regirán también por la Ley aplicable a la sucesión las cuestiones relacionadas con el avalúo de los bienes donados o entregados mediante otros actos *inter vivos* que posteriormente se pretendan reintegrar o colacionar. Solo esta interpretación es coherente con el que parece el fin del precepto, que es a su vez uno de los fines del Reglamento, el principio de la unidad de la sucesión, no solamente en cuanto a la Ley aplicable a la sucesión de los bienes muebles e inmuebles, sino también a la Ley aplicable desde el momento de la apertura de la sucesión a la partición²⁷.

30. (iv) No se regirán de acuerdo con la Ley aplicable a la sucesión otras cuestiones relativas a estas disposiciones, como las relativas a la existencia, validez y efectos de estos negocios²⁸. Así, por ejemplo, no se regirá por el Reglamento la cuestión de si el causante cedió bienes de su propiedad, o si la persona a la que los cedió era hijo suyo (cd. 74 RES). los herederos tendrán que aplicar la Ley que rija la sucesión para determinar, si una transferencia de fondos de una determinada cuenta de inversiones (*TOD*) es inoficiosa, y si ha de colacionarse en el momento de la partición porque se hizo a favor de uno de los legitimarios, pero esta Ley no regirá, por ejemplo, si la persona nombrada como beneficiaria podía ser nombrada como tal, o si la cantidad que se le ha transmitido finalmente era menor que la que le prometió el causante. Todo ello tendrá que ser decidido conforme a la Ley aplicable a estos instrumentos, cuestión que se verá a continuación junto con las autoridades competentes para decidir sobre las mismas y el régimen de validez extraterritorial de estas decisiones.

31. Esta disposición tiene un noble propósito pero puede generar muchos problemas prácticos, dado que hay cuestiones que el Reglamento no aclara, como por ejemplo, si el Derecho aplicable a la sucesión rige también el régimen de la impugnación de la disposición patrimonial. Si esta cuestión se rige por la Ley de la sucesión podría darse la situación de que una donación regida por el Derecho inglés se haya de anular conforme al Derecho italiano, por ejemplo. Pero en caso de que esta cuestión se rija por la Ley aplicable a la donación, se rompería el principio de unidad de la sucesión.

²⁷ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, n. 4-2012, pp. 691-732, esp. p. 696-697 ; E. FONGARO, « L’anticipation successorale à l’épreuve du «règlement successions» », *JDI*, n. 141, vol. 2, 2014, pp. 477-540, p. 481.

²⁸ G. BIAGIONI, “L’Ambito di Applicazione del Regolamento sulle Successioni”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (dirs.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato, Guiffrè, Milano, 2013, pp. 25-58, p. 37.

32. Por último, otra cuestión que se deja en el aire es si el juez competente para decidir sobre la sucesión tiene también competencia para llevar a cabo estas impugnaciones. En base al art. 4 RES la respuesta parece ser afirmativa, pues dicho artículo se refiere a la totalidad de la sucesión, y estas cuestiones se consideran “sucesorías” en virtud del art. 1.2. del RES. En este sentido, también debería ser afirmativa la respuesta a la pregunta de si el reconocimiento o ejecución de estas decisiones se regirá por el Reglamento Sucesorio.

3. Normas de Derecho Internacional privado aplicables a los *will substitutes*

33. Dado que estas instituciones no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo, se hace necesario determinar qué normas se les aplican en relación a los tres aspectos del Derecho internacional privado (ya que el Reglamento Sucesorio es un Reglamento “triple”, que se ocupa de estos tres sectores, y que por lo tanto excluye los *will substitutes* en estos tres sectores).

34. Estas normas serán en algunos casos normas de Derecho internacional privado europeo, y en otros normas de Derecho internacional privado interno o nacional, es decir, propio de cada Estado Miembro. Dentro de estas últimas, el presente trabajo se referirá únicamente a las normas de Derecho internacional privado español.

35. Para estudiar estas normas se ha de tener en cuenta que estos pleitos se enmarcarán en su mayoría en el momento de la apertura de la sucesión, una vez haya fallecido el disponente. En este momento, los beneficiarios o partes contratantes de un negocio sustituto del testamento y los que se consideren herederos legales o legitimarios del fallecido tendrán intereses opuestos. Esto implica que no solamente se han de tener en cuenta los pleitos que puedan surgir de las relaciones “internas” del *will substitute* (entre sus constituyentes) sino también los pleitos que puedan surgir de sus relaciones “externas” (de alguna de las partes del *will substitute* y terceros, como pueden ser los herederos, legitimarios, o incluso beneficiarios del propio *will substitute*).

A. Competencia judicial internacional

36. Como se ha indicado, si el causante dispone de parte de su patrimonio a través de *will substitutes* es frecuente que surjan controversias entre los beneficiarios de dichas disposiciones y los herederos del causante. Es probable, por ejemplo, que los herederos quieran anular un contrato en el que el causante otorgó la titularidad de ciertos bienes a un tercero con efectos en el momento de la muerte, porque consideren que vulnera sus derechos sucesorios, o que el beneficiario de una promesa de testamento quiera demandar al caudal relicto o a los herederos si llegado el momento de apertura de testamento el causante no dispuso nada a su favor.

37. En todos estos casos es necesario determinar qué tribunal será el competente para conocer del caso. Para ello, la primera tarea a realizar será la de calificación de la acción a efectos de competencia judicial internacional, dado que en la categoría de *will substitutes*, como ya se ha visto, se incluyen figuras de naturaleza jurídica muy dispar, y que las acciones pueden ser muy variadas (ejercitadas por una de las partes del negocio sucesorio frente a los herederos del fallecido, ejercitadas por terceros, por los legitimarios frente al beneficiario de un negocio sucesorio...).

38. Se comienza con la materia contractual pues, como indica el propio TJUE, cuando a un órgano juzgador le llega una reclamación de responsabilidad de naturaleza civil, lo primero que ha de comprobar es si las pretensiones de las partes revisten carácter contractual en Derecho europeo²⁹.

²⁹ STJUE 1 octubre 2002, as. C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation v Karl Heinz Henkel*, RJ 2002, p. I-8111, EU:C:2002:555, párrafo 37.

a. Will substitutes de naturaleza contractual

39. La competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales se rige por el Reglamento Bruselas I bis³⁰. De acuerdo con la interpretación que el TJUE ha realizado hasta ahora del concepto de “materia contractual”, serán considerados como tal todas las acciones derivadas de compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra³¹. Ello implica que para que exista materia contractual:

40. (i) el *will substitute* ha de ser considerado como un compromiso libremente asumido de una parte frente a otra. Esto supone que se considerarán como materia contractual todas las acciones derivadas no solo de los contratos típicos en que existe acuerdo entre dos partes (*contract provisions effective at death, contract to make a will*) sino también las derivadas de donaciones y otros actos de liberalidad, concurra o no aceptación por la otra parte, pues en todos ellos existe un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra³².

41. (ii) la acción debe derivar de dicho compromiso libremente asumido. El TJUE ha considerado que una acción derivará de un “compromiso libremente asumido” siempre que “tenga como fundamento” ese compromiso³³. Esto implica que para que una acción se considere como “contractual” ha de ser ejercitada por una de las partes de dicho contrato frente a la otra, o en el caso de que haya fallecido, frente a sus herederos, por ejemplo, la acción de la persona a cuyo favor el fallecido se comprometió a otorgar testamento (*contract to make a will*) contra el caudal relicto o los herederos del fallecido, se ha de considerar una acción contractual. En cambio, las reclamaciones hechas por terceros, incluidos terceros beneficiarios, se han de considerar como acciones en materia extracontractual. Por ejemplo, en el mismo caso anterior, si el fallecido se comprometió a otorgar a favor del hijo en común que tenía con el otro contratante, la acción de ese hijo frente al caudal relicto no puede ser considerada como contractual.

42. En caso de que la acción se considere como contractual, el Reglamento Bruselas I bis ofrece en primer lugar la posibilidad de pactar la competencia judicial internacional a través de un acuerdo de elección de foro (art. 25 RB-I bis). De esta forma, no hay nada que impida que los contratos cuya eficacia se reserva al momento de la muerte o los contratos para hacer testamento contengan una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de un determinado Estado Miembro. En el caso en que la sumisión se realice a favor de los tribunales de un Estado no Miembro la eficacia de dicha sumisión no se regulará por el Reglamento Bruselas I bis, sino por las normas internas de cada Estado miembro (art. 22 ter.4 LOPJ)³⁴. De acuerdo con el Reglamento, también se podrá considerar competente el tribunal del Estado Miembro ante el que se interponga la demanda si el demandado se somete tácitamente (art. 26 RB-I bis).

43. En defecto de elección, si el demandado tiene su domicilio en la UE, podrá ser demandado alternativamente ante los tribunales de su domicilio (art. 4 RB-I bis) y ante los tribunales que determine el foro especial en materia contractual (art. 7.1 RB-I bis). Como estos contratos no son contratos de compraventa de mercaderías ni de prestación de servicios, estos tribunales serán los del lugar en que se

³⁰ Reglamento 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 (refundición), OJ 2012 L351.

³¹ STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*, EU:C:2013:165, párrafo 46. *Vid.* también STJCE 27 octubre 1998, as. C-51/97, *Réunion européenne SA y otros vs. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*, RJ 1998, p. I-06511, EU:C:1998:509.

³² E. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du «règlement successions» », *JDI*, n. 141, vol. 2, 2014, pp. 477-540, p. 485 ; H. PEROZ / E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Lexis Nexis, Paris, 2010, p. 279.

³³ STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland*, RJ 1988, pp.1539-1556, EU:C:1988:127; párrafo 12: “No hay ninguna duda de que una demanda reclamando el pago de comisiones adeudadas en virtud de un contrato de agencia comercial autónoma tiene como fundamento mismo este contrato y está comprendida, por consiguiente, en la materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5 del Convenio.

³⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, «BOE» núm. 157 de 02 julio 1985, BOE-A-1985-12666.

haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda (art. 7.1.c y a RB-I bis). Dicho lugar de cumplimiento ha de determinarse conforme a la Ley que rige la obligación³⁵. Si dicha obligación es la de otorgar testamento, la solución a la que lleva la aplicación de este método analítico-distributivo es ilógica, pues ningún Derecho indica dónde han de otorgar testamento los sujetos sometidos a ese Derecho (p.ej. el testamento ológrafo en Derecho español). En consecuencia, el art. 7.1. RB-I bis quedaría sin aplicación.

44. No obstante, algunos *will substitutes* podrían considerarse contratos de prestación de servicios, por ejemplo, el contrato en que una parte se compromete a proporcionar cuidados asistenciales a la otra con la contrapartida de que teste a su favor, o de que a la muerte de ésta, aquélla pase a ser la propietaria de la casa en la que ambos residen. En estos casos, los tribunales competentes por el foro en materia contractual serían los tribunales del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios (art. 7.1.b, inciso segundo).

45. Si el demandado no tiene su domicilio en un Estado Miembro, en defecto de sumisión la competencia judicial internacional se regirá en la mayoría de los supuestos por las normas de producción interna de cada Estado Miembro. En España, las mismas se encuentran en el art. 22 LOPJ. Si estas relaciones se califican como contractuales también de acuerdo con Derecho español, serán competentes los tribunales españoles si el domicilio del demandado se encuentra en España (art. 22 ter.1 LOPJ) o bien si son los tribunales del Estado en que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación objeto de la demanda (art. 22 quinquies, letra a) LOPJ).

46. Se ha de recordar que las cuestiones relativas a los derechos reales sobre bienes inmuebles que puedan derivarse de estos contratos (derecho de propiedad, posesión, usufructo, etc.) no quedan sometidas al régimen expuesto, sino que están sujetos al foro exclusivo en materia de derechos reales inmobiliarios de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito (art. 24 RB-I bis).

b. Actos de liberalidad

47. Si bien las donaciones se califican sin mayor dificultad como materia contractual, las promesas de testamento, los *POD* y los *TOD* suscitan mayores problemas calificatorios.

48. En cuanto a las promesas de testamento, las mismas pueden ser consideradas como materia contractual, pues existe un compromiso libremente asumido de una parte frente a otra, en el caso en que se pueda acreditar la existencia de dicho compromiso libremente asumido. Que el objeto de la promesa sea otorgar testamento no lo convierte en un contrato con objeto sucesorio por las razones anteriormente argumentadas, y por lo tanto no ha de quedar excluido del Reglamento Bruselas I bis.

49. En cualquier caso, la existencia de estas promesas será muy difícil de probar, porque la mayoría de éstas son promesas verbales. En los casos en que la prueba sea complicada, el demandante podría ejercitar una acción distinta, no de cumplimiento de la promesa, sino de enriquecimiento sin causa por parte del fallecido, si le dispensó cuidados, o asistencia económica o sanitaria. Esta otra acción se consideraría como materia extracontractual³⁶. En este caso, la competencia judicial internacional también se regiría por el Reglamento Bruselas I bis. Serán de aplicación todas las disposiciones expuestas salvo la relativa al foro especial en materia contractual, que será sustituido por el foro especial en materia “delictual o casidelictual” del art. 7.2 RB-I bis. De acuerdo con el mismo, serán competentes alternativamente a los tribunales del domicilio del demandado los tribunales del Estado en que se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Estos tribunales serían más fácilmente identificables que

³⁵ Entre otras, STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*, EU:C:2013:165, párrafo 54.

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 40.

los del lugar de cumplimiento, pues podrían identificarse con los tribunales del Estado en que el demandante ha visto empobrecido su patrimonio.

50. En cuanto a los *POD* y *TOD*, son contratos suscritos entre el disponente fallecido y el banco o agencia que gestiona las cuentas bancarias o de inversión. El beneficiario al que se han de traspasar los fondos es un tercero beneficiario del contrato. En Derecho europeo, como se ha indicado, se consideran como extracontractuales estas reclamaciones de terceros, por ejemplo, los daños realizados a terceros por infracapitalización de una sociedad, por lo que si dicho beneficiario demanda al banco o agencia dicha reclamación se considerará como materia extracontractual³⁷. Si el beneficiario es el heredero legal del fallecido, entonces sí que podría demandar en su lugar por incumplimiento del contrato, en caso de que no se le hayan transferido los fondos que señaló el disponente (hereda sus derechos y obligaciones).

c. Will substitutes de naturaleza societária

51. Los pactos entre socios, o las relaciones existentes entre los socios y la sociedad se consideran también como materia contractual a efectos del Reglamento Bruselas I bis. Según el TJUE, estos vínculos son análogos a los de un contrato, en el sentido de que derivan de una relación voluntariamente establecida entre las partes, y ello con independencia de que las obligaciones deriven de la decisión de incorporarse como miembro a la asociación o de una decisión de sus órganos³⁸. Los mismos se regirán por lo tanto por las mismas normas expuestas para otros *will substitutes* en materia contractual.

d. Trusts inter vivos

52. Los *trusts inter vivos* se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de Bruselas I bis, por lo que se utilizará este instrumento para determinar la competencia de los tribunales de los Estados Miembros cuando el demandado se encuentre domiciliado en la UE³⁹. El Reglamento excluye de su ámbito de aplicación los *trusts* cuyo objeto esté excluido del Reglamento, y por lo tanto los *trusts* sucesorios, pero no los *trusts inter vivos*⁴⁰.

53. El Reglamento solamente dispone de normas especiales para las acciones derivadas de las “relaciones internas” del *trust*, es decir, las relaciones entre el fundador, el *trustee* y el beneficiario. Para el resto de acciones, es decir, las de estas personas con terceros, se estará al régimen general del Reglamento⁴¹.

54. En cuanto a la competencia judicial internacional para las relaciones internas, el Reglamento permite en primer lugar que se incluya en el documento constitutivo del *trust* (*trust deed*) una cláusula de sumisión (art. 25.3 RB-I bis). Se entiende que cabe también la sumisión tácita (art. 26 RB-I bis). Existe una excepción a la posibilidad de sumisión tanto expresa como tácita en los casos en que las reclamaciones estén relacionadas con inmuebles. En dicho caso, los tribunales del Estado en que se encuentre sito el inmueble tendrán competencia en exclusiva, pues los derechos derivados del *trust* se consideran

³⁷ STJCE de 18 julio 2013, as. C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot*, Evergreen Investments BV, RJ 2013 aún no disponible, EU:C:2013:490.

³⁸ *Vid.* párrafo 13 de la STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, Recueil, 1983, pp.987-1012, sobre la reclamación de una suma de dinero por parte de una asociación a sus asociados.

³⁹ A. DICKINSON, “In the EU, we trust? A new European framework for jurisdiction and judgments”, *Trusts & Trustees*, vol. 17, n. 4, 2011, pp. 280-289;

⁴⁰ M. VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, p. 89.

⁴¹ Esta es la postura sostenida ya en relación al Convenio de Bruselas por L. COLLINS, *Dicey & Morris conflict of laws*, Sweet and Maxwell, London 1987, vol. I, p. 349. En contra de esta postura, J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Art. 5.6” en A.-L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pp. 148-157, esp. p. 153, según el cual la única norma circunscrita a las relaciones internas es la norma relativa a la sumisión. Para este autor, el foro especial alternativo al domicilio del demandado se podría utilizar tanto para las relaciones internas como para las externas.

derechos *in rem*⁴². En defecto de pacto, el demandante puede elegir entre los tribunales del Estado en que el *trust* se encuentra domiciliado (algo que se decidirá conforme a las normas de dicho Estado) (art. 7.6 RB-I bis), y los tribunales del domicilio del demandado (art. 4 RB-I bis). Para saber si el *trust* está domiciliado en España, como indica M. VIRGÓS, se estará en principio al domicilio del *trustee*⁴³.

55. Si el demandado no se encuentra domiciliado en la UE, en defecto de sumisión la competencia se determinará en la mayoría de los casos por las normas de competencia judicial internacional de cada Estado miembro. En España serán competentes los tribunales españoles si el domicilio del demandado se encuentra en España (art. 22 ter.1 LOPJ). El foro alternativo dependerá de la calificación de la acción derivada del *trust* conforme a Derecho español, Derecho en que se trata de una institución desconocida. En relación a un *trust inter vivos* y en función de la acción a ejercitar, la acción podría calificarse como contractual o como extracontractual, y por lo tanto ser competentes los tribunales españoles la obligación objeto de la demanda se ha cumplido o debió cumplirse en España, o cuando el hecho dañoso por el que se reclama responsabilidad se haya producido en territorio español.

B. Ley aplicable

56. En relación a la calificación en sede de Ley aplicable de las distintas cuestiones de Derecho que se pueden plantear en una acción derivada de los *will substitutes* lo habitual será que se mantenga la calificación que se haya otorgado a la acción en sede de competencia judicial internacional. En los casos en que la materia haya sido considerada contractual o extracontractual, esta interpretación uniforme viene además motivada por el considerando 7 de los Reglamentos Roma I y Roma II⁴⁴.

57. Sin embargo, es importante señalar que los objetos a calificar en competencia judicial internacional y en Ley aplicable no son los mismos⁴⁵. En materia de Ley aplicable, en que existen muchas más categorías, el objeto de la calificación es cada “cuestión de Derecho”, cada institución concreta, mientras que en materia de competencia judicial internacional, el objeto de la calificación es el “conjunto de la acción”⁴⁶. En este sentido, habrá casos en que la calificación que se otorgue en materia de competencia no coincidirá con la otorgada en sede de Ley aplicable. Así por ejemplo, una acción de anulación de un acuerdo de la junta general basado en una incapacidad sería calificado como contractual en el plano de la competencia judicial internacional, mientras en sede de Ley aplicable se le aplicaría la norma de conflicto relativa al estatuto personal en lo relacionado con la existencia del vicio y la posibilidad de anulación, y la norma de conflicto relativa a las sociedades en lo que respecta a las consecuencias de esa anulación⁴⁷.

a. Will substitutes de naturaleza contractual

58. Como se ha indicado, la calificación dependerá de la cuestión de Derecho que se ejercite en la acción relacionada con el *will substitute*. En la mayoría de los casos, estas cuestiones se relacionan

⁴² C. LLOYD / D. LAWRENCE, “Trusts with an international element: a fictional case to illustrate some important points on jurisdiction and governing law”, *Trusts & Trustees*, vol. 9, n. 7, 2003, pp. 28-30, esp. p. 29.

⁴³ M. VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, p. 89.

⁴⁴ Considerando 7 RR-I y RR-II: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”. Véase también el considerando 17 del RR-I.

⁴⁵ 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 4.7.2008, L 177/6; Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), DOUE 31.7.2007, L 199/40.

⁴⁶ B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I”, *JDI*, n. 3, 2010, p. 760-788, p. 767.

⁴⁷ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, p. 102.

con el cumplimiento o anulación del negocio jurídico, y ambas se regirán por la Ley aplicable al contrato, salvo que la anulación se refiera a vicios de forma, capacidad o consentimiento en su adopción.

59. Para determinar la Ley aplicable al contrato, los tribunales españoles utilizarán el Reglamento Roma I. Este instrumento permite en primer lugar una autonomía de la voluntad casi ilimitada (art. 3 RR-I). En defecto de Ley elegida por las partes, el contrato tendrá que ser calificado, para ver si el mismo encaja en alguna de las categorías establecidas por el art. 4.1 RR-I. De todos los *will substitutes*, podrían encajar en alguna de las categorías contenidas en el art. 4.1 RR-I los *contract to make a will* en que la contraprestación al otorgamiento de testamento fuera una prestación asistencial. Estos contratos podrían considerarse como contratos de prestación de servicios (art. 4.1.b RR-I), pues los contratos de servicios implican que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración, que no tiene por qué ser dineraria⁴⁸. En este caso, la prestación de asistencia podría considerarse la prestación del servicio, y la designación como heredero como la contraprestación. Por lo tanto, estos contratos podrían regirse por la Ley del país en que el prestador de la asistencia tuviera su residencia habitual. También podrían encajar en una de estas categorías los contratos o donaciones con efectos en el momento de la muerte del disponente en que el objeto fuera un derecho real inmobiliario (por ejemplo, la donación de la propiedad de un inmueble con efectos desde la muerte del donante). Estos contratos, de acuerdo con el 4.1.c RR-I se rigen por la Ley del Estado en que esté sito el bien inmueble.

60. En el caso de que el negocio jurídico realizado no encaje en ninguna de las categorías del art. 4.1 RR-I, o si encajara en más de una categoría, éste se regirá por la Ley del país en que tenga su residencia habitual el prestador característico. La prestación característica del contrato ha de determinarse en función de su “centro de gravedad” (cons. 19 RR-I). Ese centro de gravedad tendrá que determinarse en cada caso, midiendo qué parte es la que ha de realizar la prestación más compleja, la que comporta más obligaciones. Este análisis es evidentemente muy complicado. En los casos en que sea imposible determinar cuál de las partes del contrato ejerce la prestación característica, se aplicará la ley con la que el contrato presente sus vínculos más estrechos (art. 4.4 RR-I).

b. Actos de liberalidad

61. A las promesas de testamento que puedan calificarse como contractuales se les aplicará también el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable a las mismas, en los mismos términos de lo expuesto en el apartado anterior. Por ejemplo, si se trataba de una promesa de dejar por testamento un bien inmueble, y se consigue probar la existencia de dicha promesa, la misma se podrá calificar como un contrato que tiene por objeto un derecho real sobre un bien inmueble, por lo que se regirá por la Ley del Estado en que se encuentre sito dicho inmueble (art. 4.1.c RR-I). En el caso contrario, se Si la promesa no tiene por objeto la cesión de bienes inmuebles ésta no podría encajar en ninguno de los apartados del art. 4.1 del RR-I –salvo el excepcional caso de la prestación de servicios antes mencionado- por lo que se regiría por la Ley en que tenga su residencia habitual el prestador característico (art. 4.2 RR-I) y en si no puede determinarse, por la Ley del país con que presentara los vínculos más estrechos (art. 4.4 RR-I).

62. En caso comentado en el apartado de competencia judicial internacional en que la acción ejercitada fuera la de enriquecimiento injusto y por lo tanto una acción extracontractual, la Ley aplicable a la misma se determinaría conforme al Reglamento Roma II, que permite la elección de Ley aplicable bajo determinadas condiciones (art. 14 RR-II) y en su defecto, determina que la obligación se regirá por la Ley de la residencia habitual común de las partes implicadas y si no la hay por la Ley del lugar en que se ha producido el daño (art. 4 RR-II). Si la acción ejercitada es la de enriquecimiento injusto, se estará a las normas de Ley aplicable especiales dispuestas en el art. 10 RR-II.

⁴⁸ STJUE 19 diciembre 2013, as. C-9/12, *Corman Collins SA v. La Maison du Whisky*, ECLI:EU:C:2013:860, FJ 38-40.

63. En cuanto a los POD y TOD, se reproducirá en la mayoría de los casos la calificación otorgada en competencia judicial internacional. Por ejemplo, si un beneficiario quiere demandar al banco por incumplimiento porque no le ha transferido los fondos, la reclamación se considerará como extra- contractual y la Ley aplicable a la misma se determinará por el Reglamento Roma II. Si el beneficiario es heredero del fallecido, podría también considerarse contractual y por lo tanto regirse la reclamación por el Reglamento Roma I.

c. Will substitutes de naturaleza societária

64. Los acuerdos firmados entre la sociedad y los socios, o las relaciones derivadas de la relación entre ambos por ser miembros de la sociedad no quedan excluidos del Reglamento Roma I, salvo en lo que respecta a la responsabilidad personal de los socios por deudas de la sociedad (art. 1.2 RR-I). De esta forma, los *will substitutes* que utilicen estructuras societarias se regirán también por el Reglamento Roma I en relación a sus relaciones internas, siéndoles de aplicación el régimen general ya expuesto.

d. Trusts inter vivos

65. Las relaciones internas de los *trusts* se encuentran explícitamente excluidos de los Reglamentos Roma I y Roma II. El sistema jurídico español tampoco contiene ninguna norma específica aplicable a los mismos, pues España no ha ratificado el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento⁴⁹. Esto no significa el rechazo de la institución, sino que se trata de una institución desconocida que, en defecto de solución jurisprudencial, habrá que encajar en las categorías que proporciona nuestro Derecho internacional privado⁵⁰.

66. El *trust* tiene un carácter fundamental en sus ordenamientos de origen, tanto que es considerado como una rama del Derecho autónoma, y por eso su calificación ha recibido gran atención doctrinal en España. Sería imposible hacer un estudio detallado de la Ley aplicable a esta institución en este trabajo, pues sobrepasa su objetivo de exponer el panorama general del tratamiento de los *will substitutes* por las autoridades españolas.

67. En cualquier caso, se hará referencia a la opción más aceptada, que es la de calificar el *trust* de acuerdo con la función que ejerce en Derecho español. Como indica M. VIRGÓS, dado que es una figura muy flexible, que admite varias funciones y posibilidades, se tendrá que analizar cada caso en concreto. Según este autor y dentro de estas funciones, las dos más comunes para un *trust* inter vivos serán la de calificarlo como un negocio jurídico complejo o bien como un patrimonio organizado⁵¹.

68. En cuanto a la posibilidad de calificar el *trust* como un negocio jurídico complejo, el autor mencionado indica que ello supondría calificar de diferente forma las relaciones entre *trustee-settlor*, *trustee*-beneficiario y *settlor*-beneficiario. Las primeras serían calificadas como un contrato atípico con elementos del contrato de mandato y de contrato en beneficio de tercero, y a las segundas se le aplicaría esa misma Ley, puesto que el beneficiario sería el tercero en favor del cual el *trustee* se obliga con el *settlor*⁵². En estos dos casos se le aplicarán al *trust* las normas sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales de producción interna del Derecho español, es decir, art. 10.5 CC (dado que, como se ha indicado, el Reglamento Roma I excluye el *trust*)⁵³. En cuanto a las relaciones entre el *settlor* y el beneficiario, serían calificadas como una donación. Se le aplicarían por lo tanto la Ley dispuesta por el art. 10.7 CC (Ley nacional del donante). A pesar de lo expuesto, los efectos reales del contrato quedarían regidos

⁴⁹ Vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=59 (fecha última consulta: 30/09/2015).

⁵⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust, La institución anglo-americana y el Derecho internacional privado español*, Bosch, Madrid, 1997, p. 61.

⁵¹ M. VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, pp. 99-100.

⁵² M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, p. 101.

⁵³ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 80.

por la Ley de situación del bien (art. 10.1 CC). De esta forma, si el bien sobre el que se constituye el *trust* se encuentra en territorio español las dificultades de trasposición son evidentes⁵⁴.

69. En cuanto a la calificación del *trust* como un patrimonio organizado, sería más apropiada si el *trust* se destina a una finalidad específica. Si se opta por esta calificación, se le aplicarían las normas de conflicto relativas a las personas jurídicas y a las fundaciones a todas las relaciones internas derivadas del mismo (art. 9.11 CC)⁵⁵.

C. Reconocimiento y ejecución de decisiones

70. Todos las decisiones extranjeras de un tribunal de un Estado Miembro que tengan como base una acción relacionada con un *will substitute* de los estudiados (naturaleza contractual, actos de liberalidad, actos societarios o *trust* intervivos) al ser materia civil o mercantil de carácter patrimonial, estarán sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento Bruselas I bis.

71. En el caso de decisiones que provienen de terceros Estados, la cuestión se regirá en la mayoría de los casos (si no se aplica otro Convenio internacional) por las normas de producción interna de cada Estado Miembro. En España por lo tanto se aplicarán a esta cuestión los arts. 41 a 55 de la nueva Ley de cooperación jurídica internacional⁵⁶.

IV. Conclusiones

72. Con la exclusión de los *will substitutes* del ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo, el legislador europeo está tomando postura sobre una cuestión de Derecho material: está aceptando que la sucesión *mortis causa* no es la única vía que tiene el causante para decidir sobre el destino de su patrimonio una vez que fallezca. Esta postura en relación a la sucesión, como se ha podido comprobar, es más propia de los países de *common law*, en que la posibilidad de disponer del propio patrimonio por vías distintas de la sucesión es mucho más amplia que en los países de tradición civilista, en los que este tipo de disposiciones podrían considerarse incluso fraudulentas. Esta toma de posición del Reglamento resulta llamativa, sobre todo si se tiene en cuenta que finalmente ni Reino Unido ni Irlanda aplicarán este Reglamento.

73. Esta toma de postura no queda sin consecuencias en la práctica. Al excluir los *will substitutes* del Reglamento, el legislador europeo legitima que este tipo de negocios se rijan por sus propias normas y aumenta exponencialmente las posibilidades de otorgarlos con validez en toda la Unión Europea. Esto es así porque la mayoría de estas instituciones serán consideradas como “materia contractual” o “extracontractual” sujetas al Reglamento Roma I o al Reglamento Roma II, y por lo tanto con carta blanca para quedar sujetos a la Ley que plazca al disponente.

74. Por ejemplo, si un *contract to make a will* tuviera que regirse por la Ley del país en que el causante tenga su residencia habitual o bien por su elección por la Ley de su nacionalidad, tal y como dispone el Reglamento Sucesorio Europeo, un español residente en Francia no podría otorgar tal contrato, pues el mismo no está reconocido ni en Francia ni en España. En cambio, si se considera que el mismo es materia contractual, está sujeto a la libre elección de Ley que le proporciona el Reglamento Roma I, por lo que podría sujetar dicho contrato a la Ley inglesa, y por lo tanto hacerlo válido.

⁵⁴ M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁵ M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 114-115.

⁵⁶ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE n. 182, 31 julio 2015, pp. 65906-65942.

75. Más allá de la calificación, los problemas únicamente podrían surgir por motivos de orden público, en el caso de que la autoridad que tuviera que decidir sobre los derechos relativos a estos negocios estimara que su decisión vulneraría los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. Pero en España esta posibilidad no parece probable, pues nuestro ordenamiento permite otras formas de separación de patrimonio del caudal relicito, y que *de facto*, suponen la transmisión de bienes o derechos por cauces distintos de la sucesión (por ejemplo, los seguros de vida, o las pensiones de la seguridad social).

76. En el fondo, el Reglamento toma en relación a esta cuestión una postura muy liberal, en la que está la idea de que el causante, y no su familia, es el dueño sin límites de su patrimonio y puede disponer de él libremente. Esta idea está también presente en otros aspectos del Reglamento, pues incluso en relación al patrimonio que formará parte del caudal sucesorio se da la libertad al causante de elegir la ley conforme a la cual se determinará su destino, aunque se trate de una libertad limitada. Esta autonomía de la libertad del causante es uno de los pilares fundamentales del Reglamento sucesorio y se manifiesta también a través de la exclusión de los *will substitutes* de su ámbito de aplicación⁵⁷.

77. Con esta exclusión, en definitiva, el Reglamento parece mandar un mensaje a los juristas de tradición civilista de que no todo lo que tiene que ver con la sustitución en la titularidad de un bien o derecho por causa de muerte pertenece al Derecho de sucesiones, y que por lo tanto es legítimo generar cauces paralelos y diferentes a la sucesión *mortis causa* para la transmisión de los activos del causante. Una idea que, sin duda, nos será difícil de asimilar, pues se enfrenta con el propio origen del Derecho sucesorio en el Derecho romano, que no es otro que la “sustitución” del *pater familias* en todos sus derechos y obligaciones en el momento de su muerte⁵⁸.

⁵⁷ Sobre estos pilares véase P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, n. 4-2012, pp. 691-732, esp. p. 696-697.

⁵⁸ P. F. MONLAU Y ROCA, *Diccionario etimológico de la lengua castellana, precedido de unos Rudimentos de etimología*, Imprenta de Rivadeneyra, Madrid, 1856, pp. 143 y 226: “sucesión” viene del latín, *su-c-cedere*, el que sigue (*su*, *sub*, debajo de, continuidad) al que se retira (*cedere*, abandonar, retirarse).

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y SUCESIONES INTERNACIONALES. COSTES DE LITIGACIÓN Y EFICIENCIA ECONÓMICA*

JUDICIAL INTERNATIONAL COMPETENCE AND INTERNATIONAL SUCCESSIONS. COSTS OF LITIGATION AND ECONOMIC EFFICIENCY

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Abogada colegiada ejerciente del ICAMUR

*Profesora colaboradora honoraria del área de Derecho Internacional Privado
UMU*

Recibido: 10.11.2015 / Aceptado: 24.11.2015

Resumen: En este trabajo se pone de relieve la no inclusión del foro de la sumisión de las partes en el 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. Desde un punto de vista económico, resulta extraño que en una materia de Derecho privado como es la sucesión, y donde los intereses que están en juego son los de las partes implicadas en el litigio, no se incluya este foro de la sumisión. Esto genera un aumento de los gastos en la mayor parte de los casos, y no responde por lo tanto a un objetivo de eficiencia en la litigación internacional. Objetivo que es uno de los perseguidos por el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea.

Palabras clave: competencia judicial internacional, sucesiones, costes de litigación, eficiencia económica, sumisión.

Abstract: In this work there is emphasized not incorporation of the forum of the submission of the parts in the 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. From an economic point of view, it turns out strange that in a matter of private Law as it is the succession, and where the interests that are in game are those of the parts involved in the litigation, this forum of the submission is not included. This generates an increase of the costs in most of the cases, and does not answer therefore to an objective of efficiency in the international litigation. Objective that is one of the prosecuted ones for the Private International Law of the European Union.

Keywords: judicial international competence, successions, costs of litigation, economic efficiency, submission.

Sumario: I. El Reglamento Europeo de Sucesiones. Foros de competencia judicial internacional que contiene. II. Reordenación real de los foros de CJI. III. Eficiencia y litigación internacional sucesoria. Lectura económica de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Europeo de Sucesiones. IV. Conclusiones.

* Este texto constituye el desarrollo de la comunicación presentada en el Congreso internacional “Sucesiones internacionales: problemas teóricos y soluciones prácticas” celebrado el 1 y 2 de octubre de 2015 en la Universidad Carlos III de Madrid.

I. Introducción

1. El presupuesto sobre el que se basa este trabajo es sencillo: las normas europeas de Derecho Internacional Privado incorporan soluciones jurídicas eficientes para que el Espacio Judicial Europeo sea una realidad y no una quimera. Dicho objetivo se logra a través de la implementación de dos principio que operan de modo sinérgico:

- a) El principio de la buena administración de la justicia. Este principio obliga a que los foros contenidos en el Reglamento Europeo de Sucesiones atribuyan competencia judicial internacional a tribunales de Estados miembros ante los cuales el desarrollo del proceso, la administración de la Justicia, pueda realizarse de un modo más eficaz, eficiente, y con mayor calidad. El legislador europeo busca potenciar y garantizar una Justicia de alta calidad, alta efectividad y probada eficiencia¹.
- b) El principio de proximidad. La consecuencia de la aplicación de este principio es una reducción de los costes de litigación internacional. La razón es que se permite a las partes implicadas en el proceso acudir a los tribunales de los Estados miembros a un coste reducido porque esos tribunales presentan una conexión real y sustancial con el caso sucesorio. De este modo lo señala el propio Reglamento Europeo de Sucesiones en sus considerandos, exige la existencia de *un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia*² y también un *vínculo estrecho y estable*³.

2. Una de las consecuencias de que los foros de competencia judicial internacional de este Reglamento estén construidos sobre el principio de proximidad es que no dan cabida a la existencia de foros exorbitantes, ya que los tribunales que pueden conocer de estos casos son tribunales que presentan una conexión real y sustancial con el caso (= principio de proximidad)⁴. Las ventajas y beneficios que aporta este principio de proximidad a la hora de determinar la competencia judicial internacional en los supuestos sucesorios internacionales en el ámbito de la Unión Europea son los siguientes:

- a) Respeta el principio de previsibilidad del tribunal competente para las partes. Será fácil para las partes prever los tribunales internacionalmente competentes para conocer del supuesto sucesorio, ya que los tribunales de esos Estados miembros serán los que presenten un vínculo real, estrecho y estable con dicho supuesto. Las partes pueden prever de modo sencillo y razonable la competencia judicial internacional de dichos tribunales.

¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*”, Ed. Comares, Granada, 2014, p. 68.

² Considerando 23 del Reglamento Europeo de Sucesiones: “*Habida cuenta de la creciente movilidad de los ciudadanos y con el fin de asegurar la correcta administración de justicia en la Unión y de garantizar que exista un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento.*”

³ Considerando 24 del Reglamento Europeo de Sucesiones: “*En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.*”

⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 163-171; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*Règle de conflit et théorie économique*”, *RCDIP*, 2012, pp. 521-538.

b) Los foros de competencia judicial internacional basados en el principio de proximidad generan a las partes unos costes de litigación internacional reducidos. Ahorra costes a las partes⁵.

3. Estos principios resultan operativos tanto para la cuestión de la competencia judicial internacional, como para las normas de conflictos de leyes. El Derecho europeo se construye sobre estos cimientos. Estos principios deben inspirar todas las normas de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea.

4. El Capítulo II del Reglamento Europeo de Sucesiones es el que regula el sistema de competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en materia de sucesiones *mortis causa*, artículos 4 a 19.

II. El Reglamento Europeo de Sucesiones. Foros de competencia judicial internacional que contiene

5. Los foros de competencia judicial internacional que contiene el Reglamento Europeo de Sucesiones tienen los siguientes caracteres⁶:

6. Son foros que otorgan competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que son participantes en dicho Reglamento. Por lo tanto, es un sistema europeo de competencia judicial internacional. El legislador europeo, en este instrumento legal, trata de un modo coherente, respetuoso y práctico la cuestión de que tribunales de terceros Estados puedan tener, asimismo, vínculos sustanciales y reales con el supuesto sucesorio⁷. Aunque el Reglamento Europeo de Sucesiones únicamente otorga competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados europeos que son participantes en dicho Reglamento. El objetivo de este Reglamento es la unificación de las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros participantes en el mismo, de modo que, los tribunales operen como si fueran los tribunales de un mismo Estado. De esta manera, se consigue un auténtico espacio judicial europeo en supuestos de sucesiones *mortis causa*.

7. Es un sistema de competencia judicial internacional de “base legal”. Es decir, que no admite el “*forum non conveniens*” en su concepción del Derecho anglosajón. El Reglamento contiene foros objetivos que responden al principio de “seguridad jurídica de ordenación.”⁸

⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*”, Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 67-68.

⁶ Para un mayor desarrollo de cada uno de los caracteres de los foros de competencia judicial internacional que contiene el Reglamento Europeo Sucesorio: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*”, Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 62-72.

⁷ Artículo 11 del Reglamento Europeo de Sucesiones: “*Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha. El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él.*”

Considerando 31: “*A fin de remediar en particular situaciones de denegación de justicia, procede también prever en el presente Reglamento un *forum necessitatis* que permita, en casos excepcionales, a un tribunal de un Estado miembro pronunciarse sobre una sucesión que guarde una estrecha vinculación con un tercer Estado. Uno de esos casos excepcionales podría darse cuando en el tercer Estado de que se trate resulte imposible sustanciar un procedimiento, por ejemplo debido a una guerra civil, o cuando no quepa esperar razonablemente que el beneficiario incoe o siga un procedimiento en ese Estado. Sin embargo, esta competencia fundada en el *forum necessitatis* solo puede ejercerse si el litigio guarda un vínculo suficiente con el Estado miembro del tribunal al que se haya sometido el asunto.*”

⁸ Considerando 37 del Reglamento Europeo Sucesorio: “*Para que los ciudadanos puedan aprovechar, respetando en todo momento la seguridad jurídica, las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitirles conocer cuál será la legislación aplicable a su sucesión. Además, deben introducirse normas armonizadas en materia de conflicto de leyes para evitar resultados contradictorios. La norma principal debe garantizar que la sucesión se rija por una ley previsible, con la que guarde una estrecha vinculación. Por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión,*

8. Contiene foros de competencia judicial internacional puros. Es decir, no son foros de competencia judicial internacional que determinen territorialmente el tribunal competente. Estos foros atribuyen competencia a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto. Una vez determinada tal competencia judicial internacional, el Derecho Procesal de dicho Estado miembro determinará el concreto tribunal territorialmente competente⁹. Aunque esta regla general tiene una excepción. El artículo 7 b) del Reglamento Europeo Sucesorio permite que, en presencia de determinadas circunstancias, las partes pacten la precisión del tribunal territorialmente competente del Estado miembro de la nacionalidad del causante: “*si las partes del procedimiento acuerdan, de conformidad con el artículo 5, atribuir la competencia a un tribunal o a los tribunales de dicho Estado miembro*”.

9. Son foros estructurados jerárquicamente. Solo en el caso de que el foro prevalente no otorgue competencia judicial internacional al tribunal, se podrá activar el siguiente foro, y así sucesivamente. Esta característica de los foros contenidos en el Reglamento Europeo Sucesorio comporta las siguientes consecuencias:

- a) No existen foros de competencia judicial internacional exclusivos. Los intereses de estos litigios sucesorios son intereses que incumben únicamente a los particulares implicados en ellos. No existen intereses públicos de un Estado soberano que se deban defender y por los que se haya de otorgar competencia judicial internacional a los tribunales de dicho Estado. En el aspecto sucesorio nos movemos en la más íntima esfera del Derecho privado, son situaciones jurídicas privadas entre particulares con un elemento extranjero.
- b) Los foros en el Reglamento están estructurados en cascada, los foros fuertes son los foros prevalentes frente a los foros débiles. Así lo ha querido el legislador porque de este modo se respeta el principio de proximidad y el principio de buena administración de justicia.
- c) Los particulares implicados en un litigio sucesorio no tienen libertad para elegir el tribunal competente, es decir, no pueden someterse a otros tribunales que no sean los que el Reglamento Europeo Sucesorio determina. Es dicho Reglamento el que los señala de forma objetiva e imperativamente.

10. Son foros condicionados o reforzados. Para que se activen esos foros deben de cumplirse los requisitos o condiciones adicionales que los mismos contemplan en el supuesto sucesorio concreto. Este refuerzo en las condiciones para hacer competente a un tribunal de un Estado miembro garantiza que la conexión entre el supuesto sucesorio litigioso y el tribunal competente es real y sustancial, y por lo tanto, eficiente.

11. Y también garantizan el acceso a los tribunales y evita la denegación de justicia. El legislador europeo crea un foro de necesidad, previsto en el artículo 11 del RES.

12. Es éste un Reglamento europeo “autocontenido”. El litigio sucesorio debe estar realmente vinculado con la Unión Europea, el vínculo tiene que ser estrecho y sustancial. Si no es de ese modo, el Reglamento Europeo Sucesorio no confiere competencia judicial internacional a los órganos judiciales de sus Estados miembros. Si el tribunal comprueba que no es competente en virtud de alguno de los

es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia.”

Considerando 48 del Reglamento Europeo Sucesorio: “*Para garantizar la seguridad jurídica a las personas que deseen planear su sucesión, el presente Reglamento debe establecer una norma específica en materia de conflicto de leyes respecto de la admisibilidad y la validez material de las disposiciones mortis causa. Para garantizar una aplicación uniforme de esa norma, el presente Reglamento debe enumerar los elementos que se deban considerar elementos correspondientes a la validez material. El examen de la validez material de una disposición mortis causa puede llevar a la conclusión de que esa disposición mortis causa no tiene existencia legal.”*

⁹ A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, RDIPP, 2013, pp. 293-324, esp. p. 298.

foros contenidos en este Reglamento, debe declararse de oficio incompetente, según lo indica el artículo 15 del Reglamento Europeo Sucesorio¹⁰.

13. Los foros de competencia judicial internacional recogidos por el Reglamento son los que siguen. Así se presenta en el orden del articulado del Reglamento. Aunque a continuación se verá que ese no es el verdadero orden jerárquico de estos foros.

- 1º) Foro de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (artículo 4 Reglamento Europeo Sucesorio).
- 2º) Foro de la nacionalidad del causante (artículo 7 Reglamento Europeo Sucesorio).
- 3º) Foro del lugar de situación de los bienes de la herencia (artículo 10 Reglamento Europeo Sucesorio).
- 4º) Foro de necesidad (artículo 11 Reglamento Europeo Sucesorio).

III. Reordenación real de los foros de Competencia Judicial Internacional

14. Tal como se apuntaba en el apartado anterior, el orden jerárquico de los foros de competencia judicial contenidos en el Reglamento Europeo Sucesorio realmente no se corresponde con el seguido en el articulado del propio Reglamento. Las apariencias engañan. Una reordenación real de los foros de competencia judicial internacional consistiría en lo siguiente:

15. Primer foro de competencia judicial internacional: foro de la nacionalidad del causante. Artículo 7 del Reglamento Europeo Sucesorio. Para que se active la competencia del tribunal en virtud de este foro se deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1º) El causante debe haber elegido como *Lex Successionis* la Ley del Estado miembro cuya nacionalidad ostenta.
- 2º) Dicha elección debe ser válida en los términos del artículo 22 Reglamento Europeo Sucesorio.

Además debe concurrir uno cualquiera de estos dos factores:

- 3º) Las partes han acordado formal o informalmente litigar ante los tribunales del Estado miembro cuya Ley fue elegida por el causante (artículo 5 y 6.b Reglamento Europeo Sucesorio).
- 4º) El tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del causante o del lugar de situación de los bienes hereditarios se ha abstenido, a instancia de parte, de conocer del caso porque considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión (artículo 6.a Reglamento Europeo Sucesorio).

16. Segundo foro de competencia judicial internacional: si no concurre el foro anterior, el tribunal se puede declarar competente por el foro previsto en el artículo 4 del Reglamento Europeo Sucesorio, que es el foro de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento.

17. Tercer foro de competencia judicial internacional: foro del lugar de situación de los bienes de la herencia, contenido en el artículo 10 del Reglamento Europeo Sucesorio. Para que se active la competencia del tribunal en virtud de este foro se deben cumplir los siguientes requisitos:

¹⁰ Artículo 15 del Reglamento Europeo Sucesorio: “*El tribunal de un Estado miembro requerido para conocer de un asunto relativo a una sucesión mortis causa para el cual no sea competente en virtud del presente Reglamento se declarará de oficio incompetente.*”

- 1º) No debe concurrir ninguno de los dos foros anteriores.
- 2º) Debe concurrir, además, cualquiera de los siguientes “factores extra de vinculación”:

- (a) El causante es nacional del Estado miembro de situación de los bienes en el momento de su fallecimiento.
- (b) El causante ha tenido previamente su residencia habitual en el Estado miembro de situación de los bienes siempre que no hayan transcurrido más de cinco años desde el cambio de dicha residencia.

18. Cuarto foro de competencia judicial internacional: foro del lugar de situación de los bienes de la herencia, previsto en el artículo 10.2 del Reglamento Europeo Sucesorio, y que para su activación no debe concurrir ningún foro de los tres anteriores.

19. Quinto foro de competencia judicial internacional: foro de necesidad. Este foro está contenido en el artículo 11 del Reglamento Europeo Sucesorio. Y para que el tribunal se pueda declarar competente con base en este foro, se deben de dar las siguientes condiciones:

- No debe concurrir ninguno de los tres foros anteriores
- Además deben darse estas circunstancias:

- 1º) Debe resultar imposible o no poderse razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha.
- 2º) El asunto sucesorio debe tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él.

IV. Eficiencia y litigación internacional sucesoria. Lectura económica de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Europeo de Sucesiones

20. Un modo adecuado para evaluar la eficiencia de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Europeo Sucesorio en un litigio internacional sucesorio consiste en ponerlos a prueba con un ejemplo. En el ejemplo se va a resaltar si los foros que determina imperativa y objetivamente el Reglamento son eficientes desde un punto de vista propio del Derecho internacional privado.

21. Ejemplo: *Causante alemán, residencia habitual en Francia y distintos bienes en España*. Un importante empresario de nacionalidad alemana, casado en segundas nupcias y con tres hijos de su primer matrimonio, reside habitualmente en Francia con su familia. Es un gran amante de España, de su gastronomía y costumbres, por esta razón posee varios bienes inmuebles y muebles por todo el territorio español, casas y embarcaciones en las Islas Canarias y en las Islas Baleares, así como varios hoteles por el centro de la península. En una de sus breves estancias en España la muerte le sobreviene. El empresario alemán fallece intestado. La esposa del causante se traslada a vivir a España. Y comienza un litigio por los bienes del causante entre la segunda esposa y los hijos del causante.

22. Los hijos desean interponer la demanda en España, ante los tribunales españoles. Prefieren litigar ante los tribunales españoles porque la gran mayoría de los bienes de su padre se encuentran en España, y ante una posible sentencia a favor de sus intereses la ejecución de la misma sería más sencilla. De igual modo, la esposa supérstite también prefiere litigar en España. Pero, ¿pueden los hijos interponer la demanda ante los tribunales españoles por este supuesto sucesorio internacional? ¿Existe algún foro en el Reglamento Europeo Sucesorio por el que se pueda hacer competentes a los tribunales españoles?

23. Resulta que el Reglamento Europeo Sucesorio no contempla esta posibilidad en la lista de foros de competencia judicial internacional que ofrece, no permite que las partes se sometan a un tribunal de un Estado miembro por un pacto de sumisión, ya sea expreso o tácito.

24. El Reglamento Europeo Sucesorio dirige a las partes a litigar, en este caso, únicamente, ante los tribunales que jerárquicamente contiene en sus foros de competencia judicial internacional. El foro prevalente del Reglamento es el foro que hace competentes a los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del causante, contenido en el artículo 7. No obstante, si el causante no ha optado por elegir la Ley de su nacionalidad en virtud de las exigencias que contiene el artículo 22. En ese caso, el causante solo puede elegir como Ley reguladora de su sucesión la Ley del Estado cuya nacionalidad posee en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. El causante no realizó esta *professio iuris* y por lo tanto, no se podrá activar el primer foro que contiene el Reglamento. De modo que todos los bienes sucesorios están en España, los litigantes tienen su residencia habitual en España pero no se puede litigar en España.

25. Se debe comprobar si el siguiente foro de competencia judicial internacional que contiene el Reglamento Europeo Sucesorio se puede activar. El siguiente foro en la escalera de foros es el foro de la última residencia habitual del causante. La competencia para conocer de este supuesto de sucesión *mortis causa* la tienen los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Foro contenido en el artículo 4 del Reglamento Europeo Sucesorio. Concurren las dos condiciones necesarias para que este foro se abra en favor de los tribunales franceses, y que estos sean competentes para conocer del caso:

- 1º) Este foro opera subsidiariamente, ya que se descarta que el foro de la nacionalidad del causante opere en este supuesto.
- 2º) Esa residencia habitual del causante radica en el Estado miembro donde estaba situado el centro de interés familiar y social del causante.¹¹

26. Resulta llamativo que en una situación privada internacional, como lo es este caso de sucesión *mortis causa* internacional, donde solo están implicados los intereses de las partes no se permita a éstas decidir el tribunal que desean que conozca del caso. Solo pueden ceñirse a los foros que señala el Reglamento jerárquicamente en sus foros. Esta solución resulta siempre ineficiente para las partes. Éstas no podrán pactar el tribunal competente para resolver el litigio.

27. La no inclusión de la “sumisión en estado puro” en el Reglamento Europeo Sucesorio es ineficiente porque las partes no sólo están obligadas a litigar en Francia lo quieran o no, pero es que además, deberán obtener un *exequatur* para lograr que la futurable sentencia francesa se ejecute en España. Ello incrementa de modo extraordinario e innecesario los costes de litigación internacionales.

28. Las sucesiones son una materia patrimonial en la que debería haberse dejado que las partes eligieran de modo libre el tribunal competente y no se ha hecho así. El sistema es complicado, farragoso e ineficiente. De todos modos, es preciso valorar la no admisión de la sumisión con máxima prudencia. En efecto, en casos en los que las partes son limitadas, el foro de la sumisión puede operar con facilidad y conduce a un tribunal eficiente para ambas partes. Sin embargo, en los casos en los que la litigación afecta a muchas personas interesadas en la sucesión o casos en los que la sentencia puede afectar a derechos de personas que no son partes en el litigio, la sumisión podría acarrear problemas. En dichos supuestos, no se comprende por qué el Reglamento no ha permitido elegir un tribunal competente que podría conocer de un litigio con efectos frente a personas que no han pactado o no han podido pactar el tribunal competente.

¹¹ Considerando 24: “En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un periodo prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.”

V. Conclusiones

29. Primera: *Competencia para tribunales que comportan menores costes de litigación para las partes*. El legislador europeo elabora una lista de foros de competencia judicial internacional en el Reglamento Europeo Sucesorio que permite litigar ante tribunales que son los que menores costes ostentan para las partes. Según el legislador europeo los tribunales que generan unos costes de litigación menores para las partes son los tribunales que señala en sus foros de competencia judicial internacional el Reglamento y no otros tribunales. Y dichos tribunales son: los del Estado miembro cuya nacionalidad ostentaba el causante (artículo 7 Reglamento Europeo de Sucesiones), o en donde éste tenía su residencia habitual (artículo 4 Reglamento Europeo de Sucesiones) o donde radican los bienes de la herencia (artículo 10 Reglamento Europeo de Sucesiones).

30. Segunda: *Oscura ordenación de los foros de competencia judicial internacional*. El legislador europeo con la ordenación que hace de los foros de competencia judicial internacional oscurece el orden aplicativo de los mismos. El operador jurídico debe reordenar los foros. Con la reordenación que se hace de los foros de competencia judicial internacional el foro “fuerte”, el foro que es prevalente es el que contiene el artículo 7 del Reglamento Europeo Sucesorio, es decir, el foro de la nacionalidad del causante. Por lo que el orden de la “escalera de foros” es, realmente, el siguiente:

- 1º) *Foro de la nacionalidad del causante*. Artículo 7 del Reglamento Europeo Sucesorio.
- 2º) *Foro de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento*. Artículo 4 del Reglamento Europeo Sucesorio.
- 3º) *Foro del lugar de situación de los bienes de la herencia*. Artículo 10 del Reglamento Europeo Sucesorio.
- 4º) *Foro de necesidad*. Artículo 11 del Reglamento Europeo Sucesorio.

31. Tercera: *El foro de la nacionalidad del causante como foro “fuerte” y prevalente, aunque escondido*. Resulta llamativo que el legislador europeo no haya redactado con claridad y haya puesto como prevalente en la “escalera de foros” de competencia judicial internacional el foro de la nacionalidad del causante. La redacción resulta confusa, oscura: “*los tribunales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante en virtud del artículo 22 tendrán competencia para resolver sobre la sucesión*”. Pero se debe resaltar, que a pesar de lo oscuro de la redacción y de que no ocupa en la “escalera de foros” de competencia judicial internacional un lugar prevalente, éste es el foro que prevalece por encima de todos. Es el foro “fuerte”. Es el foro ante el que ceden todos los demás. La razón de ser de esta prevalencia del foro de la nacionalidad del causante es el inconfesable deseo de facilitar la labor del tribunal, que aplicará su propio Derecho sustantivo.

32. Cuarta: *Falta de libertad de elección del tribunal competente por las partes*. Cuando se analiza la “escalera de foros” de competencia judicial internacional no se ve que se permita a las partes someterse a los tribunales que ellos estimen convenientes, según sus intereses particulares. El legislador europeo no permite que los particulares, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, puedan designar y someterse a los tribunales ante los que ellos prefieran litigar en un supuesto sucesorio internacional. El Reglamento señala imperativa y objetivamente cuáles serán los tribunales que podrán declararse competentes para conocer de un caso sucesorio internacional. Es sorprende que las partes en estos supuestos sucesorios litigiosos, donde se litiga sobre bienes y derechos patrimoniales, sobre los que las partes tienen total disponibilidad no puedan decidir sobre la cuestión de la competencia del tribunal que juzgará esa controversia. Si el legislador lo que busca en la construcción de la lista de foros es reducir los costes de litigación a las partes, resulta llamativo que el primer foro, el foro “fuerte” y por lo tanto prevalente sobre el resto no sea el de la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, el foro de la sumisión de las partes al tribunal. Y resulta asombroso que el legislador europeo en un Reglamento como éste, que regula materias totalmente disponibles por las partes, relaciones que solo afectan a las partes y que en su mayoría son de derecho patrimonial, no permita la elección del foro. Esta situación

contrasta con el hecho innegable de que en muchos otros instrumentos legales europeos (= *ad. ex.*: Reglamento Bruselas I bis, Reglamento 4/2009 sobre las obligaciones de alimentos...) sí que está contenido este foro, y prevalece sobre todos. En definitiva, lo más eficiente para las partes es poder decidir, con total libertad, ante qué tribunales pueden abrir un proceso sucesorio internacional. Y en este tipo de materia, como es la materia sucesoria, donde se heredan dinero y activos, no existe ninguna justificación para que el legislador europeo se aparte de la línea que marca en relación con los foros de competencia judicial internacional el Reglamento Bruselas I bis. Se puede comparar esta carencia del Reglamento Europeo Sucesorio, en relación con la sumisión de las partes de su controversia al tribunal que las mismas decidan, con la carencia del Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que es un Reglamento ineficiente en la cuestión de la competencia judicial internacional. Es ineficiente dicho Reglamento porque no deja que los cónyuges elijan el tribunal competente, aunque curiosamente, el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento Roma III) sí deja que elijan la Ley aplicable lo que es absurdo. De todos modos, como antes se ha apuntado, en el contexto del Reglamento sucesorio europeo, el rechazo de la sumisión puede comprenderse cuando sean muchas personas los afectados por la litigación y no hayan tenido la oportunidad de elegir el tribunal competente.

33. Quinta: *El foro de la sumisión es un foro eficiente.* En definitiva, en Derecho privado los que mejor pueden decidir sobre sus intereses son los particulares implicados en la controversia. Nadie mejor que ellos sabrá dónde litigar a unos menores costes de litigación, nadie mejor que ellos para decidir y velar sobre sus intereses. Por lo tanto, cuando el litigio es de carácter patrimonial y no hay intereses soberanos que defender y salvaguardar, ni tampoco personas en posición débil, los particulares deberían de poder decidir someter su controversia al tribunal que ellos considerasen más idóneo para conocer de su asunto. El foro de la sumisión es un foro eficiente. Es un foro que debería ser el foro prevalente en supuestos litigiosos de carácter patrimonial y también en las controversias judiciales de Derecho de familia en las que no sea hallen implicados menores o personas necesitadas de especial protección jurídica¹². Son litigios donde los únicos intereses que están en disputa son los intereses de los particulares.

¹² G. RÜHL, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", Research Report No. 4/2007, Comparative Research in Law & Political Economy Research Papers, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>.

LA GUERRA EN SIRIA COMO CAUSA DE EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FUERZA MAYOR

THE WAR IN SYRIA AS A CAUSE FOR EMPLOYMENT TERMINATION DUE TO FORCE MAJEURE

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 20.01.2016 / Aceptado: 25.01.2016

Resumen: Se comenta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 16 de julio de 2015. En la misma se valora la decisión empresarial extinguir un contrato de un trabajador del Instituto Cervantes en Damasco por causa de fuerza mayor como consecuencia del conflicto bélico en Siria. La sentencia valora la previa decisión empresarial de trasladar temporalmente la actividad a Beirut. El referido pronunciamiento considera que el conflicto bélico admite graduación en su intensidad afectante a una relación como la laboral y que la actuación empresarial gradualista, a través de la movilidad temporal, evidencia el propósito de mantener la relación a favor del trabajador y no con una intención fraudulenta de conseguir una extinción contractual abyecta. El aplazar la extinción contractual hasta el cierre definitivo de la sede pretende modular la eficacia extintiva de la fuerza mayor derivada de la situación de conflicto.

Palabras clave: extinción del contrato, fuerza mayor, movilidad del trabajador.

Abstract: Below you can find an analysis of the decision taken by the Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) dated 16th July 2015. The Court judges the dismissal of an employee by the Spanish institution Instituto Cervantes based in Damask, due to force majeure derive from a war conflict at Sire. What is considered is the previous decision taken by the Instituto Cervantes in order to transitory relocate the employee to the Institute's centre at Beirut. The Court's decision considers that a war conflict can be levelled according to the intensity and severity when it affects an employment relationship. In the Court's view, the decision taken by the employer of gradually affecting the contract choosing the relocation as a transitory solution, instead of meaning a fraudulent behaviour aimed to finally terminate the contract, shows the employer's purpose to keep the contract alive with the final aim of the employee's protection. The delay in terminating the contract until the definite closing of the head office is aimed to adapt gradually the decision to the force majeure derive from a war conflict.

Keywords: dismissal, force majeure, transitory relocate.

Sumario: I. Planteamiento.- II. Hechos y pronunciamientos. III. La guerra como causa de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor, los matices de un supuesto concreto y las "visiones" judiciales de un problema.

I. Planteamiento

1. La fuerza mayor se define en el art. 1105 CC, de acuerdo con el cual: "fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables". Se trata, pues,

de un acontecimiento de carácter extraordinario que es imposible prever o que previsto resulta inevitable¹. No es aquí relevante la distinción, por otra parte polémica en el ámbito civil², entre fuerza mayor en sentido estricto y caso fortuito, porque lo que interesa es el carácter externo de la esfera de control del empresario.

La fuerza mayor se singulariza, frente a las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, porque consiste en un acontecimiento extraordinario que no haya podido preverse o que, previsto, no haya podido evitarse y, además, será preciso que el acaecimiento en que consiste sea externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario afectado (art. 1105 y 1575 CC). Debe pues existir una desconexión entre el evento dañoso y el área de actuación de la empresa³. Además, para considerar que existe fuerza mayor no basta con la involuntariedad de la empresa en cuanto a la producción de la causa sino su carácter imprevisible e inevitable.

Por su parte, el art. 231.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, señala que tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

2. En el derecho español, el art. 49.1 h) ET establece que el contrato se extinguirá “por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el art. 51.7”. El citado precepto toma en cuenta dos elementos: una determinada relación de imputación (la fuerza mayor) y el efecto sobre el contrato de trabajo (la imposibilidad definitiva de la prestación de trabajo). Conforme a lo dispuesto en el art. 51.7 ET y arts. 31 a 33 RD 1483/2012, la fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la Autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, con carácter previo a la decisión empresarial de extinción de los contratos⁴. La autoridad laboral ejerce, por tanto, una competencia de autorización en esta materia. Esta exigencia ha dado lugar a críticas por considerar que dicha intervención resulta no solo contraria a las más elementales exigencias de dogmática jurídica, sino incluso ajeno a nuestra propia tradición normativa. Por tanto,

¹ Sobre la noción de fuerza mayor en la extinción del contrato, vid. A. MONTOYA MELGAR, *El despido por fuerza mayor*, RPS, 1970, nº 85, pp. 95 a 115. C. DEL PESO Y CALVO, *La fuerza mayor propia*, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Madrid, FDUM, 1970, pp. 79 a 104. J. BARRIONUEVO PEÑA, *Fuerza mayor y expediente de crisis (arts. 18.1 y 20)*, AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, FDUCM, 1977, pp. 445 a 465. J. VALLEJO MUGURUZA, *La fuerza mayor como causa de extinción del contrato de trabajo, especialmente en el Estatuto de los Trabajadores*, en AA.VV., *Los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Málaga, 1980. J. GARCIA BLASCO, *En torno a algunos aspectos del régimen jurídico sobre extinción del contrato de trabajo por causas de fuerza mayor*. La Ley, 1984, III, pp. 762 a 761. I. ALBIOL MONTESINOS, *Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor. Comentario al art. 49.8 del Estatuto de los Trabajadores*, en BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX, Vol. 2º, Edersa, 1989, pp. 217 a 264. F. CAVAS NARTINEZ, *El despido por fuerza mayor*, AA.VV., *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, FDUCM, 1996, pp. 203 a 212. A. DESDENTADO BONETE, *La extinción de contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y por fuerza mayor. Despido colectivo y despido objetivo*, Estudios de Jurisprudencia, 1994, nº 11, pp. 217 a 228. Monográficamente, M.C. ORTIZ LALLANA, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, Madrid MTSS, 1985. J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1993.

² Los criterios de distinción suelen ponderar el carácter imprevisible pero evitable del caso fortuito frente al carácter inevitable de la fuerza mayor; la esfera interna (caso fortuito) o externa (fuerza mayor) del riesgo o la mayor gravedad del acaecimiento en sí mismo. Sobre las distintas posiciones, en J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho General de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1988, I, vol. II, pp. 436-439. Cuando los hechos imprevisibles, o los previstos pero inevitables, producen el mismo efecto exonerador (al identificarse con la ausencia de culpa), la diferenciación de ambas figuras carece de trascendencia práctica, no siendo por ello una verdadera clasificación jurídica. Señala JORDANO FRAGA que, en estos casos, diferenciar la fuerza mayor y el caso fortuito constituye un entretenimiento o divertimento de carácter académico, pero estrictamente inútil.

³ SSTS (CA) 12-7-1990 (RJ 638) y 28-9-1990 (RJ 6862).

⁴ Extensamente, J.R. MERCADER UGUINA, A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 225-235.

en el ámbito laboral, parece invertirse la doctrina civil de los riesgos, al perderse el juego automático de la fuerza mayor, que se afirma en los arts. 1105 y 1114 CC.

II. Hechos y pronunciamientos judiciales

3. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 16 de julio de 2015 (AS\2015\1430), resuelve sobre la extinción de un contrato de trabajo por el Instituto Cervantes por causa de fuerza mayor. Los hechos que sirven de base al caso son los siguientes.

El actor prestaba servicios profesionales para la parte demandada mediante contrato indefinido como profesor y percibiendo un salario mensual, con prorratoe de pagas extraordinarias, de 3.133,00 dólares de Estados Unidos. Comenzó a trabajar en la sede de Beirut (Líbano), siendo destinado, tras superar un concurso de trasladados, a la sede del Instituto Cervantes de Damasco (Siria).

A tenor de la resolución del organismo demandado de fecha 16 de marzo de 2012, el actor fue trasladado a Beirut el 26 de marzo de 2012. En esa resolución, adoptada en consideración a las especiales circunstancias sociales y políticas por las que estaba atravesando Siria y a la orden de cierre provisional de las actividades de la sede de Damasco emitida por la dirección del Instituto siguiendo instrucciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se acordaba la reubicación provisional por tiempo de tres meses de todos los profesores del Instituto Cervantes de Damasco en otros centros, siguiendo criterios de existencia de vacantes, necesidades del servicio y proximidad geográfica. En marzo de 2012, después de la reubicación de todos los profesores que estaban allí adscritos, fue cerrado el centro del Instituto Cervantes de Damasco.

El actor estuvo trabajando en la sede del Instituto en Beirut hasta que, mediante carta fechada y notificada el día 26 de febrero de 2013, el Instituto Cervantes le comunicó lo siguiente: «Debido a la situación bélica de Siria ha sido imposible continuar con la actividad que el centro del Instituto Cervantes venía desarrollando en la ciudad de Damasco. Por esta razón y de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Cervantes del pasado 13 de noviembre de 2012, le comunico la finalización de su vinculación laboral con el Instituto cervantes de Damasco con efectos de 28 de febrero de 2013, por causa de fuerza mayor».

4. Por el citado trabajador se planteó demanda por despido frente al Instituto Cervantes, de la que conoció el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid. El mismo dictó sentencia, de fecha 1 de agosto de 2014, que estima en parte las pretensiones de la demanda y califica como improcedente el despido objeto de este proceso.

Conviene comenzar precisando que no existe controversia alguna sobre la Ley aplicable, al resultar no controvertida la aplicabilidad al caso de la legislación siria, recogiendo la sentencia, parcialmente, el contenido de la Ley del Trabajo nº 17/2010 de la República Árabe Siria.

Para alcanzar el resultado estimatorio, la sentencia razona del modo siguiente: «Como sostiene la parte demandada, el art. 62 de la citada Ley recoge como causa de extinción de los contratos de trabajo, concretamente en su apartado a6, el caso de fuerza mayor. No obstante, cabe preguntarse hasta qué punto puede ampararse la extinción contractual de autos en el supuesto de fuerza mayor materializado en la situación bélica siria en febrero de 2013, cuando era la misma situación de inestabilidad sociopolítica de ese país la que determinó el cierre de la sede de Damasco y el traslado de los trabajadores a ella adscritos en marzo de 2012, once meses antes. Es decir, en marzo de 2012 no consideró la parte demandada que esa situación constituyese caso de fuerza mayor justificativa de la rescisión contractual, sino que decidió un traslado provisional y, por tanto, la continuidad del vínculo laboral; de modo que no existe justificación sólida y coherente para interpretar de otro modo la misma situación casi un año después a efectos de intentar ofrecer cobertura legal a la resolución del contrato del demandante. Cabría entender que la parte demandada, en un estimable intento de evitar esa rescisión contractual, quisiera establecer un período de provisionalidad a la espera de acontecimientos, ya sea un cambio de la situación siria, ya una reubicación definitiva de los afectados en otra sede; pero es que el plazo de provisionalidad que la propia parte demandada estableció era de tres meses, pese a lo cual el actor permaneció más de once

meses en Beirut, sin que haya noticia de que el contenido de su relación laboral sufriera modificación esencial, es decir, que el actor fuese dispensado de prestar servicios o viese disminuido el contenido de los mismos como consecuencia de un presunto excedente de plantilla motivado por el cierre de la sede de Damasco. En tales condiciones, rebasado en más de ocho meses el período de supuesta provisionabilidad, y constante la situación siria que motivó el traslado a Beirut, no puede imputarse a esa situación, con carácter de fuerza mayor, la causa de resolución del contrato del actor, por lo que no es jurídicamente eficaz para fundamentar una lícita extinción contractual, sino que constituye un uso fraudulento de la disposición contenida en el art. 62.a.6 de la Ley 17/2010, Siria. (...) En estas condiciones, y en ausencia de prueba de criterios normativos o jurisprudenciales de Siria sobre las consecuencias jurídicas de una causa extintiva ineficaz por fraude de ley, es razonable la aplicación analógica del art. 65 de la Ley 17/2010, que establece los efectos jurídicos aplicables al caso de que el empresario no probase la veracidad de la causa de despido basada en las infracciones del trabajador recogidas en el artículo 64 de esa Ley, que en cierto modo viene a ser el equivalente de la regulación de nuestro despido disciplinario.

Según el citado art. 65, cuando el empresario no haga prueba de la causa del despido, este se considera improcedente, y el trabajador tiene derecho a una indemnización de dos meses de salario por cada año de servicio, más la parte proporcional a la fracción de año que corresponda, con el límite máximo de 150 veces el salario mínimo. Advierte también ese artículo en su último apartado que el empleador está obligado en este despido disciplinario a aplicar las normas sobre notificación previstas en los arts. 56 y siguientes de la Ley 17/2010, que disponen un preaviso de dos meses y advierten que el incumplimiento de ese plazo da lugar a una indemnización equivalente al salario correspondiente al período incumplido.

Según la Sentencia de instancia, “ni consta que la Ley 17/2010 establezca, ni prueban las partes que lo haga alguna otra norma o doctrina jurisprudencial siria, que la improcedencia del despido venga determinada por el incumplimiento del plazo de preaviso, ni que la indemnización aparejada al mismo deba aplicarse como consecuencia directa de la improcedencia del despido; por tanto, por un lado, no puede afirmarse que el mero incumplimiento de esa formalidad tenga más consecuencia que la citada indemnización y, por otro lado, tampoco disponemos de base jurídica para otorgar al demandante en esta sentencia esa indemnización, junto a la propia del despido improcedente, cuando ni siquiera se ejercita accesoriamente en la demanda la acción ordinaria de reclamación de cantidad relativa a la indemnización por falta de preaviso, que, en consecuencia, deberá ser objeto de acción independiente”.

Por todo ello, se estiman en parte las pretensiones de la demanda y se califica como improcedente el despido objeto de este proceso y se condena al Instituto Cervantes a abonar al trabajador demandante una indemnización de 28.990,53 dólares estadounidenses.

5. Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por parte del Instituto Cervantes, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 16 de julio de 2015 (AS\2015\1430), resuelve el citado recurso.

El Abogado del Estado articula en primer lugar un motivo al amparo del art. 193 b) LJS en el que se solicita se adicione al hecho probado cuarto lo siguiente: «Mediante Resolución de fecha de 18 de junio de 2012 se mantiene la adscripción provisional de Don Teodulfo al centro de Beirut. Y mediante Resolución de fecha de 21 de diciembre de 2012, después de haber acordado el Consejo de Administración con fecha de 13 de noviembre de 2012 el cierre definitivo del centro de Damasco y la adopción de cuantas medidas fueran necesarias para rescindir el contrato de alquiler del edificio y la regularización del personal de ese centro, la secretaría general acuerda finalizar por causa de fuerza mayor la relación contractual con el profesor, sometido a legislación local, adscrito temporalmente a Beirut, Don Teodulfo, con fecha de 28 de febrero de 2013». El motivo, aunque de carácter aclaratorio, es admitido.

En segundo lugar, y sobre la base que proporciona el art. 193 LJS, se denuncia la infracción del artículo 62.6 de la Ley del Trabajo 7/2010 de la República Árabe de Siria en la que se establece la concurrencia de fuerza mayor como causa de extinción del contrato de trabajo. El motivo es también estimado.

La sentencia comienza afirmando que “no es cuestionable que es aplicable al caso la legislación siria ni el contenido de la misma”. Acto seguido, el Tribunal considera que aunque la sentencia de instancia considera inaplicable la extinción del contrato por fuerza mayor, “no parece desde luego coherente con los hechos el entender que la medida de traslado provisional -fuera de Siria, pero manteniendo el

contenido contractual de la relación sin modificación alguna- antes de la extinción definitiva suponga una especie de ruptura fraudulenta de la causa de fuerza mayor invocada, sino más bien lo contrario”.

A lo anterior añade que “el concepto de fuerza mayor pertenece a la cultura jurídica internacional y no presenta problemas especiales su determinación valiéndonos por ello los términos definitorios de la doctrina jurisprudencial patria que suele acotar la fuerza mayor -precisamente para diferenciarla del caso fortuito- al suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que, previsto, fuera inevitable, siendo sus supuestos característicos los sucesos bélicos o naturales de gran afectación como guerras, terremotos, maremotos, etc... Y por ello puede decirse que no es cuestionable que en el caso de autos se identifica un suceso de esta índole como lo es la guerra de Siria”.

Señala, igualmente, la sentencia que respecto a la incidencia causal del suceso en la relación laboral del actor tampoco es cuestionable: “trabaja en la sede de Damasco -capital de Siria- y tal sede ha sido cerrada como consecuencia del conflicto bélico por lo que ha desaparecido su puesto de trabajo. En efecto, el traslado a Beirut fue provisional -o sea sin suponer novación contractual- y como medida cautelar dependiente y accesoria a la medida definitiva que fue el cierre de la sede del instituto Cervantes en Siria. El que la medida cautelar se hubiera previsto para tres meses no supone plazo preclusivo alguno precisamente por tratarse de una cautela, cuya duración no puede precisarse con exactitud”. Se estima el motivo y se revoca la sentencia.

III. La guerra como causa de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor, los matices de un supuesto concreto y las “visiones” judiciales de un problema.

6. La sentencia objeto del presente comentario resulta de interés en la medida en que se enfrenta a un supuesto paradigmático de fuerza mayor o, si se prefiere, “ejemplo prototípico”⁵ pero que, afortunadamente, aparece en muy contadas ocasiones como objeto de debate jurídico: la guerra.

En el presente caso, el conflicto bélico opera como telón de fondo de una situación jurídica que es la que sirve al debate jurídico. En concreto, el inicial traslado temporal del trabajador a Beirut (por un período de tres meses), adoptado en consideración a las especiales circunstancias sociales y políticas por las que estaba atravesando Siria y a la orden de cierre provisional de las actividades de la sede de Damasco, su posterior prórroga tácita (hasta los once meses) y, en fin, la definitiva extinción del contrato de trabajo cuando fue definitivamente cerrado el centro del Instituto Cervantes de Damasco.

La sentencia de instancia concluye que en el caso resulta de aplicación el art. 65 de la Ley 17/2010, que establece los efectos jurídicos aplicables al caso de que el empresario no probase la veracidad de la causa de despido basada en las infracciones del trabajador recogidas en el artículo 64 de esa Ley, lo que, como se ocupa de subrayar el juez a quo, “viene a ser el equivalente de la regulación de nuestro despido disciplinario”.

Tal decisión se fundamenta, expuesta desnudamente la idea, en que el plazo de provisionalidad ofrecido era de tres meses y que, pese a ello, el actor permaneció más de once meses en Beirut, sin que en ese lapso su relación laboral sufriera modificación esencial, por lo que se concluye que “no existe justificación sólida y coherente para interpretar de otro modo la misma situación casi un año después a efectos de intentar ofrecer cobertura legal a la resolución del contrato del demandante”. En suma, la medida correctora realizada por la empresa para conservar el negocio jurídico habría enervado la posibilidad de aplicar la causa extintiva basada en la fuerza mayor.

La sentencia de instancia es un buen ejemplo de tantos y tantos pronunciamientos que, invirtiendo el recto sentido jurídico, reconstruyen la interpretación para favorecer soluciones presuntamente “pro operario”, sin valorar el alcance de los efectos de tal actuar. En el supuesto que nos ocupa, es precisamente el actuar equilibrado de la empresa para favorecer la conservación del empleo a través de la adopción de medidas temporales que permitan valorar con medida la evolución de una situación que se antoja incierta y adoptar, solo como “última ratio”, la decisión de extinguir el contrato de trabajo, lo que sirve al razonamiento judicial para considerar como cuasi fraudulenta la decisión empresarial.

⁵ J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, cit. p. 131.

7. En este caso, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 16 de julio de 2015, revoca con sólidos fundamentos la voluntarista decisión de instancia y considera subsistente la situación de fuerza mayor y, por tanto, justificado el despido por dicha causa.

El razonamiento utilizado es plenamente coherente con la valoración de una situación de guerra como la señalada, en la que debe exigirse que se materialice la imposibilidad de desarrollar la prestación laboral, pero dicha situación puede ser de eficacia instantánea o sucesiva, de afectación única o paulatina. Ciertamente, como de forma precisa subraya el pronunciamiento de suplicación, “el conflicto bélico admite graduación en su intensidad afectante a una relación de trato sucesivo como la laboral. Y la actuación empresarial gradualista que evidencia el relato histórico es coherente no sólo con el despliegue de la eficacia extintiva sino además con un *animus de favor negotii*, o sea con un propósito de mantener la relación laboral a favor del trabajador y no con una intención fraudulenta de conseguir una extinción contractual abyecta. El aplazar la extinción contractual hasta el cierre definitivo de la sede, lejos de suponer medida abusiva alguna, supuso precisamente modular la eficacia extintiva de la fuerza mayor, ponderada favoreciendo el mantenimiento del puesto de trabajo; que además quedó preavisado de la causa extintiva. Pero cerrada la sede quedó sin contenido el puesto de trabajo, sin que el trabajador pueda alegar sorpresa alguna. Ello fue consecuencia del conflicto bélico, de la fuerza mayor, y no de un comportamiento abusivo del empresario”.

8. La conclusión se antoja evidente. La idea de conservación de los negocios jurídicos viene motivada por una exigencia lógica en el ámbito del Derecho del Trabajo ligada a la estabilidad en el empleo y, por tanto, a la continuidad de las relaciones jurídicas ⁽⁶⁾. Idea tan importante como profundamente debilitada en estos tiempos.

La ponderación de intereses y la necesidad de evitar el unilateralismo interpretativo constituyen buenas guías a la hora de adoptar soluciones jurídicamente aceptables. No cabe duda de que, en el supuesto que sirve de base al caso, existía una situación de conflicto bélico incuestionada y que, pese a tan incontrovertida situación, el actuar empresarial buscó conservar el contrato de trabajo y, por ende, el empleo de sus trabajadores. Resulta, por ello, sorprendente que cuando tantas veces se esgrime la idea de que el que despido debe ser la “última ratio” y que las medidas de flexibilidad interna deben ayudar a evitar el resultado extintivo, puedan existir decisiones judiciales que sancionen precisamente dicho actuar.

Con todo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid consigue restablecer el equilibrio de la situación jurídica y, a través una cuidada y rigurosa argumentación, alcanzar un correcto resultado.

⁶ Esta vinculación entre principio de conservación y estabilidad en el empleo puede encontrarse en M. PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1975, p. 65-66.

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 applicabile 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).